Die auflösend bedingte Sicherungsübertragung und ihr Verhältnis zur unbedingten Sicherungsübertragung

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Holger Rosprich
Regierungsassessor
aus Saarbrücken

1971

Die auflösend bedingte Sicherungsübertragung und ihr Verhältnis zur unbedingten Sicherungsübertragung

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Holger Rosprich
Regierungsassessor
aus Saarbrücken

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation: 10. Februar 1971

Dekan: Professor Dr. Geck

Erstberichterstatter: Professor Dr. Aubin

Zweitberichterstatter: Professor Dr. Braga

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S: Seite

Einleitung: 1
1.) Einschränkung der zwecküberschießenden Rechtsmacht des Sicherungsnehmers durch Vornahme einer bedingten Sicherungsübertragung. 1
2.) Die aufschiebend bedingte Sicherungsübertragung. 3
3.) Problematik der auflösend bedingten Sicherungsübertragung. 5

1. Kapitel:
Wesen der auflösend bedingten Sicherungsübertragung im allgemeinen. 8
I. Konstruktion 8
1.) Der Sicherungsvertrag als Kausalgeschäft. 9
2.) Die bedingte Übertragung des Eigentums oder der Forderung (Verfügung). 12
3.) Die zu sichernde Forderung. 15
a) Nichtbestehen der Forderung bei unbedingter Sicherungsübertragung. 15
b) Nichtbestehen der Forderung bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 16
aa) Der Bestand war unter den Parteien zweifelhaft. 16
bb) Die Parteien gingen zu Unrecht vom Bestehen der Forderung aus. 17
II. Resolutivbedingung und Veräußerungsverbot 19

2. Kapitel:
Die Rechtsnatur der auflösend bedingten Sicherungsübertragung und das Anwartschaftsrecht. 24
I. Ist das unter einer auflösenden Bedingung zur Sicherung übertragene Recht nur eine Belastung? 24
1.) Übertragung zur Sicherheit als Belastung? 24
2.) Bedingte Übertragung als Belastung? 29
II. Steht bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung beiden Parteien gemeinsam das Vollrecht zu? 42

Seite

III. Das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers. 44
1.) Die Rechtsposition des bedingt Berechtigten. 44
2.) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers. 47
a) Entstehung und Untergang 47
b) Rechtsnatur: Eigentumsfragment oder Belastung? 48
c) Rechtsnatur (Fortsetzung): dingliches Recht? 52
d) Auswirkungen des Konkurses des Vorbehaltsverkäufers bzw. des Sicherungsnehmers bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung auf das Anwartschaftsrecht. 55

3. Kapitel:
Lassen sich mit Hilfe der Bedingungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die Rechte des Sicherungsgebers besser dogmatisch-konstruktiv erklären als bei der unbedingten Sicherungsübertragung? 60
I. Teilweise Tilgung der gesicherten Forderung bei 1. unbedingter und 2. auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 61
II. Nichterfüllung bei Fälligkeit und nachträgliche Erfüllung bei 1. unbedingter und 2. auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 65
III. Verweigerung der Annahme der Zahlung. 68
1.) Verweigerung der Annahme der Leistung des Sicherungsgebers bei unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 68
2.) Verweigerung der Annahme der Leistung eines Dritten 71
a) Der Schuldner widerspricht nicht.
Rechtsfolgen bei unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 71
b) Der Schuldner widerspricht.
Rechtsfolgen bei unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübertragung.
Pfändung des Rückübertragungsanspruchs bzw. des Anwartschaftsrechts des Sicherungsgebers. 74

Seite

IV. Zwangsvollstreckung durch Gläubiger des Sicherungsnehmers in das Sicherungsgut vor Tilgung der Forderung bei 1. unbedingter und 2. auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 78

V. Konkurs des Sicherungsnehmers vor Tilgung der Forderung bei 1. unbedingter und 2. auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 8c

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse. 90

4. Kapitel:
Unterschiede in den Rechtsfolgen zwischen unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 91

I. Tilgung der gesicherten Forderung bei 1. unbedingter und 2. auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 92

II. Verfügungen des Sicherungsnehmers über das Sicherungsgut vor Tilgung der Forderung. 97

1.) Bei unbedingter Sicherungsübertragung. 97

2.) Bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 99

3.) Besonderheiten bei der Sicherungsabtretung von Forderungen. 103

III. Das Recht des Sicherungsgebers vor Schuldtilgung als Kreditsicherungsmittel. 106

1.) Die Übertragung des Vollrechts durch den Sicherungsgeber als Nichtberechtigten. 106

2.) Die Übertragung des Rückgewähranspruchs bei unbedingter Sicherungsübertragung. 109

3.) Die Übertragung des Anwartschaftsrechts bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung. 111
Problematik bei realer Besitzübergabe. 116

4.) Verwertung des sicherungshalber übertragenen Rechts durch den zweiten Sicherungsnehmer. 120

5.) Verpfändung des Rückgewähranspruchs bzw. des Anwartschaftsrechts. 123

6.) Praktische Bedeutung des Anwartschaftsrechts als Kreditsicherungsmittel. 126

Seite

5. Kapitel:
Ist die Sicherungsübertragung "im Zweifel" auflösend bedingt? 128
I. Der Sicherungsvertrag als Ausgangsbasis. 129
1.) Die ausdrückliche Parteiabrede. 129
2.) Die stillschweigende Parteiabrede. 131
a) Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt als auflösend bedingte Rückübereignung. 132
b) Das konkrete Besitzmittlungsverhältnis (Sicherungsvertrag). 134
II. Der hypothetische Parteiwille. 139
1.) Erscheint den Parteien die Rückübertragung als überflüssige Formalität? 141
2.) Entspricht die auflösend bedingte Sicherungsübertragung der Interessenlage der Parteien? 142
3.) Wird die auflösend bedingte Sicherungsübertragung durch das Interesse des Sicherungsgebers gefordert? 146
4.) Welche Ausgestaltung entspricht dem Zweck des Sicherungsgeschäfts? 148
III. Rechtfertigen objektive Gegebenheiten in Zweifelsfällen die Annahme einer auflösenden Bedingung? 151
1.) Gesetzliche Regelung. 151
2.) Bietet die Rechtsgeschichte einen Anhaltspunkt? 153
3.) Ist die Sicherungsübertragung ihrem Wesen nach auflösend bedingt? 156
4.) Ist die auflösend bedingte Sicherungsübertragung im Hinblick auf eine Abschwächung der Trennung von Grund- und Erfüllungsgeschäft zu bevorzugen? 157
5.) Gebietet die Parallele zum Eigentumsvorbehalt die Bedingungskonstruktion? 158
6.) Ist wegen der Verwandtschaft zum Pfandrecht die Sicherungsübertragung auflösend bedingt auszugestalten? 162
7.) Das Interesse dritter Personen an Rechtssicherheit. 166
IV. Schluß 167

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ArchbürgR	Archiv für bürgerliches Recht
ArchfRechtsphil.	Archiv für Rechtsphilosophie
ASÜB	Allgemeine Sicherungsübereignungsbedingungen
Aufl.	Auflage
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BB	Der Betriebs-Berater
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
dingl.	dinglich
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
f., ff.	folgende
FN.	Fußnote
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung

HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
IhJb.	Iherings Jahrbücher
i.V.m.	in Verbindung mit
JBlSaar	Justizblatt des Saarlandes
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KGBl	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts
KO	Konkursordnung
KritViertSchr.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung
LeipzZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
o.V.	ohne Angabe des Vornamens
Recht	Das Recht
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar (vgl. Schrifttumsverzeichnis)
RN.	Randnummer
S.	Seite
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte
Sp.	Spalte
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
vgl.	vergleiche

Vorb.	Vorbemerkung
Warn	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist.
WM	Wertpapiermitteilungen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß

Literaturverzeichnis:

Achilles-Greiff: BGB. 21.Auflage Berlin 1958

Anker, Gerhard: Die Rechtsnatur des Treuhandverhältnisses. Heidelberger Diss. 1932

Ascher, Walter: "Die Pfändung des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung - und kein Ende" in NJW 1955,46 ff.

Bauknecht, o.V.:
- Anmerkung zu LG Köln NJW 1954,1773 in NJW 1954,1774
- "Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht" in NJW 1955,1251 ff.
- "Das Anwartschaftsrecht aus der bedingten Übereignung im Konkurse" in NJW 1956,1177 ff.

Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung. 30.Auflage München 1970

Baur, Fritz: Lehrbuch des Sachenrechts. 6.Auflage München 1970

Bekker, Ernst Immanuel: System des heutigen Pandektenrechts. 2. Band Weimar 1889

Beyerle, Franz:
- Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts. Weimar 1932
- "Der dingliche Vertrag" in Festschrift für Gustav Boehmer. Bonn 1954 Seite 164 ff.

Bierling, Ernst Rudolf: Juristische Prinzipienlehre. 2. Band Freiburg, Leipzig, Tübingen 1898

Binter, o.V.: "Ist das aufschiebend bedingte Eigentum als ein 'die Veräußerung hinderndes Recht' im Sinne des § 771 ZPO anzusehen?" in JR 1932,178 ff.

Bley-Mohrbutter: Vergleichsordnung. I. Band 3.Auflage Berlin 1970

Blomeyer, Arwed:
- Studien zur Bedingungslehre.
  1. Teil: Über bedingte Verpflichtungsgeschäfte. Berlin und Leipzig 1938
  2. Teil: Über bedingte Verfügungsgeschäfte. Berlin 1939
- Bemerkungen zu dem Aufsatz von Rautmann NJW 1951,298 in NJW 1951,548

- "Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb" in AcP 153 (1954), 239 ff.
- "Der unbestimmte Gläubiger" in Festschrift für Ernst Rabel. 1. Band Tübingen 1954 S.307 ff.
- "Die Vollstreckung in belastetes Fahrniseigentum" in JZ 1955,5 ff.
- Anmerkung zu BGH JZ 1956,413 ff. in JZ 1956,416
- "Anspruchsverjährung und dingliche Sicherheiten" in JZ 1959,15 ff.
- "Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers" in AcP 162 (1963), 193 ff.

Böcker, Bernhard: Der nachträglich vereinbarte Eigentumsvorbehalt. Erlanger Diss. 1934

Böhle-Stamschräder, Alois: Konkursordnung. 9.Auflage München 1969

Boehmer, Gustav: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung. 2. Band 2. Abteilung: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung. Tübingen 1952

Bötticher, Eduard: "Die Intervention des Sicherungseigentümers: § 771 oder § 805 ZPO?" in MDR 1950,705 ff.

Brecht, Arn.: "Bedingung und Anwartschaft (Das aufschiebend bedingte Eigentum, seine Bestellung, Weiterübertragung und Pfändung)" in Iherings Jahrbücher 61 (1912), 263 ff.

Brill, Albert: Die zur Sicherung einer Vertragsobligation vorgenommenen bedingten Eigentumsübertragungen und das Verbot der lex commissoria. Erlanger Diss. 1896

Brügmann, Siegfried: Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt. Göttinger Diss. 1929

Bull, o.V.: "Sicherungsübereignung und Gläubigernöte" in BB 1950,108 f.

du Chesne, o.V.: "Auflösend befristetes (bedingtes) Eigentum" in Recht 1924,441 f.

Crisolli-Ostler: Abzahlungsgesetz. 5.Auflage Berlin 1958

Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Band Allgemeiner Teil. Tübingen und Leipzig 1900

Dempewolf, Günther: Der Rückübertragungsanspruch bei Sicherungsgrundschulden. Berlin 1958

Derleder, Peter: "Sicherungsübereignung und Wertausschöpfung" in BB 1969,725 ff.

Diederichsen, Uwe: Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen. Hamburg 1965

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. IV. Band 3.Auflage Mannheim, Berlin, Leipzig 1932 (zitiert mit Bearbeiter)

Eichler, Hermann: Institutionen des Sachenrechts. 1. Band Allgemeiner Teil, Grundlagen des Sachenrechts. Berlin 1954
2. Band 1. Halbband, Eigentum und Besitz. Berlin 1957

Enneccerus, Ludwig: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 15. Bearbeitung Tübingen 1958

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15.Auflage Tübingen. 1. Halbband 1959, 2. Halbband 1960

Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. und 2. Band 4.Auflage Münster 1967 (zitiert mit Bearbeiter)

Esser, Josef:
- Schuldrecht.
Band I : Allgemeiner Teil. 4.Auflage Karlsruhe 1970
Band II: Besonderer Teil. 3.Auflage Karlsruhe 1969
2.Auflage 1960: Allgemeiner und Besonderer Teil
- Buchbesprechung von G.Boehmer, Grundlagen II,2 in AcP 152,386 ff.

Federmann, Detlev: Die Sicherungsübereignung in der Rechtsauffassung unserer Zeit und die Bekämpfung ihres Mißbrauchs. Würzburger Diss. 1936

Felgentraeger, Wilhelm: "Hypothek und Grundschuld" in Festschrift für Julius von Gierke. Berlin 1950 S.140 ff.

Fischbach, Oskar: Treuhänder und Treuhandgeschäfte. Mannheim und Leipzig 1912

Flechtheim, o.V.: "Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt" in JW 1911,345 ff.

Flume, Werner:
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.
  2. Band: Das Rechtsgeschäft.
  Berlin, Heidelberg, New York 1965
- "Besitzloses Fahrnispfand im geltenden deutschen Recht"
  in: Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen
  Kongreß für Rechtsvergleichung in Paris 1954.
  Düsseldorf 1955 S.67 ff.
- "Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers"
  in AcP 161 (1962), 385 ff.

Förster-Kann: Zivilprozeßordnung. 2. Band. 3.Aufl. Berlin 1926

Forkel, Hans: Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen
Anwartschaftsrecht. Berlin 1962

Fromherz, P.: "Zwangsvollstreckung in den Anspruch aus einem
sogenannten Möbelleihvertrag oder einem Kaufvertrag, in
welchem dem Käufer das Eigentum bis zur Abzahlung vorbe-
halten ist" in ZZP 38,49 ff.

Fuchs, Richard: "Das gesetzliche Pfandrecht an bedingt über-
eigneten Sachen" in ArchbürgR 34,368 ff.

Genzmer, Erich: "Die Grenzen für die rückwirkende Kraft der
Ehevernichtung im Privatrecht und im öffentlichen Recht"
in Archiv für Rechtsphilosophie 16,414 ff.

Georgiades, Apostolos: Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbe-
haltskauf. Geleitwort von Karl Larenz. Tübingen 1963

von Gierke, Julius: Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts.
4.Auflage Berlin und Frankfurt/M. 1959

von Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht.
2. Band Sachenrecht. Leipzig 1905
3. Band Schuldrecht. München und Leipzig 1917

Gudian, Gunther: "Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers"
in NJW 1967,1786 ff.

Haas, Rudolf: Die Anwartschaft aus bedingter Übereignung und
der verlängerte Eigentumsvorbehalt. Frankfurter Diss. 1956

Hachenburg, o.V.: "Der 54. Band der Entscheidungen des
Reichsgerichts in Zivilsachen" in DJZ 1903,436 ff.

Haegele, Karl: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung.
4.Auflage Berlin 1968

Haemmerle, Hermann: "Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses?" in: Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentags. Band I. Berlin und Leipzig 1930 S.632 ff.

Hagedorn, Friedrich Wolfgang: Das Schicksal zur Sicherheit übereigneter Sachen in Konkurs und Zwangsvollstreckung. Göttinger Diss. 1931

Hamelbeck, Bernhard: Die Sicherungsübereignung nach geltendem Recht. Berlin 1929

Hartmann, Peter: Die Sicherungsübereignung. Freiburg 1968

Hartwig, o.V.: "Die rechtliche Wirkung des Eigentumsvorbehalts auf die Nachzucht" in LeipzZ 1933 Sp. 575

Heck, Philipp: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930

Hellwig, Konrad:
- Anspruch und Klagrecht. Jena 1900
- "Grenzen der Rückziehung" in Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen. Gießen 1907 S.23 ff.

Hellwig-Oertmann: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Teil. Leipzig 1919

Hengstberger, Georg: Stellvertretung und Treuhand im bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Diss. 1912

Henke, Horst-Eberhard: Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit. Berlin, Köln 1959

Henle, Rudolf:
- Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Allgemeiner Teil. Berlin 1926
- Unterstellung und Versicherung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1922

Herboth, Hermann: Das gutgläubig erworbene Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers. Mainzer Diss. 1956

Heydegger, Roland: Untersuchungen zur Rechtsnatur der unbedingten Sicherungsübereignung. Heidelberger Diss. 1963

Heymann, Ernst: "Trustee und Trustee-Company im deutschen Rechtsverkehr" in Festschrift für Heinrich Brunner. Weimar 1910 S.473 ff.

Hoche, Ulrich: Anmerkung zu BGH DNotZ 1958,383 in DNotZ 1958, 386 ff.

Höh, o.V.: "Die Verwertung sicherungsübereigneter Gegenstände durch den Gläubiger" in AcP 150,532 f.

Holtz, Walter:
- Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung als Kreditsicherungsmittel. Kieler Diss. 1932
- "Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung und seine Übertragung" in DJZ 1934,460 ff.

Hopp, Rudolf: Eigentumsvorbehalt und Eigentumsanwartschaft. Berlin 1938

Huber, Ulrich: Die Sicherungsgrundschuld. Heidelberg 1965

Hüchting, Paul: Begründen Rechtsanwartschaften die Widerspruchsklage des § 771 ZPO? (Zugleich ein Beitrag zur Anwartschaftslehre). Göttinger Diss. 1930

Imlau, Erich: "Hat der bedingte Eigentümer einer beweglichen Sache ein Anwartschaftsrecht?" in MDR 1961,193 ff.

Jaeger-Lent: Konkursordnung. Erster Band. 8.Aufl. Berlin 1958

Jaffé, Richard: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf (BGB § 455). Leipziger Diss. 1910

Jakobi, Ernst: Anmerkung zu OLG Breslau JW 1929,2958 in JW 1930,331 f.

Janberg, Hans: "Anwartschaftsrecht als Kreditsicherungsmittel" in DB 1950,521

Jansen, Franz: Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt. Erlanger Diss. 1936

Kahn, Otto: "Die Übereignung zum Zwecke der Sicherung" in DJZ 1903,125

Karlowa, Otto: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877

Kernert, Karl: Stellung des Sicherungseigners gegenüber Zwangsvollstreckungen der Gläubiger des Übereigners und in dessen Konkurs. Leipzig 1930

Kleiber, Werner: Die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des bedingten Eigentums. Erlanger Diss. 1936

Kohler, J.: "Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Vertrag und Übergabe" in ArchbürgR 18,1 ff.

Krawielicki, Robert: Grundlagen des Bereicherungsanspruchs. Breslau 1936

Kruschewski, Walter: Bedingtes Eigentum. Rostocker Diss. 1936
Lange, Heinrich:
- BGB. Allgemeiner Teil. 13.Auflage München 1970
- "Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung" in NJW 1950,565 ff.
Lange, Hermann: "Eigentumsvorbehalt und Verjährung der Kaufpreisforderung - BGHZ 34,191" in JuS 1963,59 ff.
Lange, Otto: "Gekoppelte Sicherungsübereignungen" in NJW 1951,751
Larenz, Karl:
- Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. München 1967
- Lehrbuch des Schuldrechts.
1. Band Allgemeiner Teil. 10.Auflage München 1970
2. Band Besonderer Teil. 9.Auflage München 1968
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
Lauenroth, Hans-Dieter: Die besonderen Erscheinungsformen des Eigentumsvorbehalts. Kölner Diss. 1957
Lehmann, Heinrich: Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen. Stuttgart 1937
Lehmann-Hübner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 16.Auflage Berlin 1966
Leist, Gerhard Alexander: Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889
Lent, Friedrich: Buchbesprechung von Wolff-Raiser, Sachenrecht, in NJW 1957,1181 ff.
Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB. I. Band. München und Berlin 1929
Letzgus, Ernst: Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt. Tübingen 1938
Levin, o.V.: "Zur Auslegung des § 94 ZPO. Ein Beitrag zur prozessualen Behandlung der Sicherungsübereignung" in JW 1912,118
Lilienthal, o.V.: "Die Übereignung zum Zweck der Sicherung" in DJZ 1902,542
Linckelmann, Karl: "Die Sicherheitsübereignungen" in ArchbürgR 7,209 ff.

Höh, o.V.: "Die Verwertung sicherungsübereigneter Gegenstände durch den Gläubiger" in AcP 150,532 f.

Holtz, Walter:
- Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung als Kreditsicherungsmittel. Kieler Diss. 1932
- "Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung und seine Übertragung" in DJZ 1934,460 ff.

Hopp, Rudolf: Eigentumsvorbehalt und Eigentumsanwartschaft. Berlin 1938

Huber, Ulrich: Die Sicherungsgrundschuld. Heidelberg 1965

Hüchting, Paul: Begründen Rechtsanwartschaften die Widerspruchsklage des § 771 ZPO? (Zugleich ein Beitrag zur Anwartschaftslehre). Göttinger Diss. 1930

Imlau, Erich: "Hat der bedingte Eigentümer einer beweglichen Sache ein Anwartschaftsrecht?" in MDR 1961,193 ff.

Jaeger-Lent: Konkursordnung. Erster Band. 8.Aufl. Berlin 1958

Jaffé, Richard: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf (BGB § 455). Leipziger Diss. 1910

Jakobi, Ernst: Anmerkung zu OLG Breslau JW 1929,2958 in JW 1930,331 f.

Janberg, Hans: "Anwartschaftsrecht als Kreditsicherungsmittel" in DB 1950,521

Jansen, Franz: Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt. Erlanger Diss. 1936

Kahn, Otto: "Die Übereignung zum Zwecke der Sicherung" in DJZ 1903,125

Karlowa, Otto: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877

Kernert, Karl: Stellung des Sicherungseigners gegenüber Zwangsvollstreckungen der Gläubiger des Übereigners und in dessen Konkurs. Leipzig 1930

Kleiber, Werner: Die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des bedingten Eigentums. Erlanger Diss. 1936

Kohler, J.: "Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Vertrag und Übergabe" in ArchbürgR 18,1 ff.

Krawielicki, Robert: Grundlagen des Bereicherungsanspruchs. Breslau 1936

Kruschewski, Walter: Bedingtes Eigentum. Rostocker Diss. 1936
Lange, Heinrich:
- BGB. Allgemeiner Teil. 13.Auflage München 1970
- "Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung" in NJW 1950,565 ff.
Lange, Hermann: "Eigentumsvorbehalt und Verjährung der Kaufpreisforderung - BGHZ 34,191" in JuS 1963,59 ff.
Lange, Otto: "Gekoppelte Sicherungsübereignungen" in NJW 1951,751
Larenz, Karl:
- Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. München 1967
- Lehrbuch des Schuldrechts.
  1. Band Allgemeiner Teil. 10.Auflage München 1970
  2. Band Besonderer Teil. 9.Auflage München 1968
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
Lauenroth, Hans-Dieter: Die besonderen Erscheinungsformen des Eigentumsvorbehalts. Kölner Diss. 1957
Lehmann, Heinrich: Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen. Stuttgart 1937
Lehmann-Hübner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 16.Auflage Berlin 1966
Leist, Gerhard Alexander: Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889
Lent, Friedrich: Buchbesprechung von Wolff-Raiser, Sachenrecht, in NJW 1957,1181 ff.
Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB. I. Band. München und Berlin 1929
Letzgus, Ernst: Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt. Tübingen 1938
Levin, o.V.: "Zur Auslegung des § 94 ZPO. Ein Beitrag zur prozessualen Behandlung der Sicherungsübereignung" in JW 1912,118
Lilienthal, o.V.: "Die Übereignung zum Zweck der Sicherung" in DJZ 1902,542
Linckelmann, Karl: "Die Sicherheitsübereignungen" in ArchbürgR 7,209 ff.

Littmann, Eberhard: Die Rechtsstellung des Sicherungseigentümers im Konkurs des Sicherungsgebers und in der Einzelvollstreckung. Leipzig 1937

Locher, Eugen: "Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck" in AcP 121,1 ff.

von Lübtow, Ulrich: "Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten" in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. I. Band. Berlin, Tübingen, Frankfurt/M. 1956 S.328 ff.

Luetgebrune, Walter: Die Sicherungs-Übereignung (Ein Konstruktionsversuch). Göttinger Diss. 1906

Marck, Rud.: "Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung" in Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 1917/18 S.32 ff.

Martens, Joachim: "Eigenbesitz auf Zeit" in NJW 1962,1849 ff.

Melsheimer, Klaus: Sicherungsübereignung und Registerpfandrecht. Köln und Opladen 1967

Mentzel-Kuhn: Kommentar zur Konkursordnung. 7.Auflage Berlin und Frankfurt/M. 1962

Minas, Manfred: Theorie der bedingten Rechtsgeschäfte. Saarbrücker Diss. 1966

Mormann, Josef: "Praktische Probleme der Anschlußsicherungsübereignung" in Ehrengabe für Bruno Heusinger. München 1968 S.185 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. Zitiert nach Mugdan, B.: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899

Müller, Hans: Nachträglicher Eigentumsvorbehalt. Göttinger Diss. 1929

Münzel, Karl:
- "Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung" in MDR 1951,129 ff.
- "Grundsätzliches zum Anwartschaftsrecht" in MDR 1959,345 ff.

Oertmann, Paul:
- Die Rechtsbedingung (condicio iuris). Leipzig, Erlangen 1924

- Bürgerliches Gesetzbuch.
Allgemeiner Teil. 3.Auflage Berlin 1927
Recht der Schuldverhältnisse. 2. Abteilung.
5.Auflage Berlin 1929

Ohr, Günther: "Kann der Vorbehaltskäufer den wirtschaftlichen Wert seiner Anwartschaft auf Erwerb des Eigentums an der Kaufsache auch ohne Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers zur Kreditsicherung nutzbar machen?" in MDR 1954,343 f.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch.
30.Auflage München 1971; auch die 27.Auflage 1968
(zitiert mit Bearbeiter)

Paulus, Gotthard: "Die Behelfe des Sicherungseigentümers gegen den Vollstreckungszugriff" in ZZP 64,169 ff.

Pflüger, H.H.: "Über den Begriff des Eigenthums"
in AcP 78,389 ff.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
I. Band Allgemeiner Teil. 4.Auflage Berlin 1913
II. Band, 2. Hälfte, Schuldverhältnisse Besonderer Teil.
4.Auflage Berlin und Leipzig 1928
III. Band, 1. Hälfte, Sachenrecht. 5.Auflage Berlin und Leipzig 1933
(zitiert mit Bearbeiter)

Plum, o.V.: Anmerkung zu OLG Karlsruhe JW 1928,2735
in JW 1928,2736

Pohle, Rudolf: "Prozeßführungsrecht und Rechtskrafterstreckung bei bedingten Veräußerungen"
in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. II. Band. Berlin, Tübingen, Frankfurt/M. 1956
S.738 ff.

Raape, Leo: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1908

Raiser, Ludwig:
- Dingliche Anwartschaften. Tübingen 1961
- Anmerkung zu BGH NJW 1953,217

Rautmann, H.-G.: "Kreditsicherung durch Übertragung von Anwartschaftsrechten aus bedingter Übereignung"
in NJW 1951,298

Regelsberger, o.V.: "Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen" in Iherings Jahrb. 44,392 ff.

Reich, Norbert:

- "Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung" in AcP 169,247 ff.
- Die Sicherungsübereignung, Bad Homburg v.d.H. 1970

Reichsgerichtsrätekommentar
Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.
(zitiert: RGRK-BGB-Bearbeiter)
I. Band 1. Teil. 11.Auflage Berlin 1959
I. Band 2. Teil. 11.Auflage Berlin 1960
II. Band 1. Teil. 11.Auflage Berlin 1959
III. Band 1. Teil. 11.Auflage Berlin 1959
III. Band 2. Teil. 11.Auflage Berlin 1963

Reichsgerichtsrätekommentar
Kommentar zum Handelsgesetzbuch; früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts.
III. Band. 2.Auflage Berlin 1963
IV. Band. 2.Auflage Berlin 1961
(zitiert: RGRK-HGB-Bearbeiter)

Reinhardt-Erlinghagen: "Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung" in JuS 1962,41 ff.

Reinicke, G. und D.: "Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung" in MDR 1951,333 f.

Richter, Hermann: "Die fiduziarische Übertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen" in Gruchot 60,766 ff.

Riezler, Erwin: Besprechung von Schott: Über Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht in KritViertSchr. 48,65 ff.

Ritter, Wilhelm: Die Sicherungsübereignung.
Marburger Diss. 1925

Roesch, Heinz: Formen der Kreditsicherung.
Nürnberg und Düsseldorf 1951

Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts.
9.Auflage Berlin und München 1961

Rühl, Helmut: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft.
Berlin 1930

Salinger, o.V.: "Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung?"
in: Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages. I. Band
Berlin 1912 S.409 ff.

Schaarschmidt, Wilhelm: Die Sparkassenkredite.
4.Auflage Stuttgart 1960

Scheff, Kurt: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung.
Göttinger Diss. 1931

Schlegelberger, Franz: Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
III. Band. 4.Auflage Berlin, Frankfurt/M. 1965
(zitiert mit Bearbeiter)

Schless, Robert: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand.
Leipzig 1931

Schlochauer, Ernst: Die dingliche Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts. Königsberger Diss. 1913

Schloßmann, Siegurd: Die Lehre von der Stellvertretung.
2. Teil 1902

Schmidt, Reimer: "Zur Diskussion um Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung" in MDR 1955,447

Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Besprechung von Letzgus: Anwartschaft des Käufers in KritViertSchr. 66,174 ff.

Schönke-Baur: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. 8.Auflage Karlsruhe 1969

Schöny, Arthur: "Treuhandgeschäfte" in ArchbürgR 35,291 ff.

Scholz, Hellmut:
- Das Recht der Kreditsicherung. 2.Auflage Berlin 1957
- "Der sicherungsrechtliche Rückgewähranspruch als Mittel der Kreditsicherung" in Festschrift für Philipp Möhring.
Berlin, Frankfurt/M. 1965 S.419 ff.

Schott, Richard: "Über Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen" in Festgabe für Felix Dahn.
III. Teil. Breslau 1905 S.303 ff.

Schütz, Wilhelm:
- Bankgeschäftliches Formularbuch. 18.Ausgabe Köln 1969
- "Auflösende Bedingung in Sicherungsverträgen"
in NJW 1957,1541 ff.

Schuler, Hans: Korreferat zu Reinhardt/Erlinghagen:Treuhand in JuS 1962,50 ff.

Schultze, Alfred: "Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht" in Iherings Jahrb. 43,1 ff.

Schupp, o.V.: Stellungnahme zu Bull BB 1950,108 f. in BB 1950,436

Schweickhardt, Peter: Kann die Sicherungsabrede als ein "ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 BGB anerkannt werden? Tübinger Diss. 1966

Schwister, o.V.:
- "Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht" in JW 1931,1160 ff.
- "Das Anwartschaftsrecht als Kreditsicherungsmittel" in JW 1933,1857 ff.
- "Anwartschaft und Kredit" in DJZ 1934,1024

Seckelmann, Helmut: Die Grundschuld als Sicherungsmittel. Diss. Hamm 1962

Selb, Dieter K.E.: Abwicklungsprobleme bei der Sicherungsübereignung. Heidelberger Diss. 1964

Senf, Karl: Ist die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes Dritten gegenüber wirksam? Heidelberger Diss. 1911

Serick, Rolf:
- Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung.
  Band I Der einfache Eigentumsvorbehalt. Heidelberg 1963
  Band II. Die einfache Sicherungsübertragung - Erster Teil. Heidelberg 1965
  Band III. Die einfache Sicherungsübertragung - Zweiter Teil. Heidelberg 1970
- Buchbesprechung von Wolff-Raiser in BB 1957,1227
- "Causa und Anwartschaft" in AcP 166 (1966), 129 ff.

Siebert, Wolfgang: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. 2.Auflage Marburg 1933

Simmet, Eugen: "Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts nach Übereignung der Kaufsache" in JW 1911,705 ff.

Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch.
I. Band. Allgemeiner Teil.
10.Auflage Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967

II. Band. Schuldrecht I.
10.Auflage Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
IV. Band. Sachenrecht.
10.Auflage Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
(zitiert mit Bearbeiter)

Spark, Karl H.: Die Anwartschaft bei der Sicherungsübereignung. Göttinger Diss. 1936

Sponer, Wolfdieter: Das Anwartschaftsrecht und seine Pfändung. Bielefeld 1965

Sponholz, Bodo: Die Anwartschaft aus Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung als Kreditsicherungsmittel. Leipziger Diss. 1935

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
I. Band. Allgemeiner Teil. 11.Auflage Berlin 1957
II. Band. Recht der Schuldverhältnisse.
Teil 1 c. 10./11.Auflage Berlin 1967
Teil 2. 11.Auflage Berlin 1955
III. Band. Sachenrecht.
Teil 1. 11.Auflage Berlin 1956
Teil 2. 11.Auflage Berlin 1963
(zitiert mit Bearbeiter)

Stein-Jonas-Pohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 2. Band. 19.Auflage Tübingen 1970; auch die Vorauflage 1956. (zitiert mit Bearbeiter)

Stintzing, Wolfgang: Die Übertragung beweglicher Sachen. Leipzig 1911

Stoll, Hans:
- "Bemerkungen zu Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung" in ZHR 1966,239 ff.
- "Die Anwartschaft des gutgläubigen Vorbehaltskäufers" in JuS 1967,12 ff.

Strohal, Emil: "Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung" in Festgabe für Heinrich Degenkolb. Leipzig 1905 S.137 ff.

Strohm, Alfred: Der Begriff der Anwartschaft im Hinblick auf die Verwertung der Eigentumsanwartschaft als Sicherungsmittel. Münster. Diss. 1939

Thomas-Putzo: Zivilprozeßordnung. 4.Auflage München 1970
Tölke, Walter: Der sog. Möbelleihvertrag.
Greifswalder Diss. 1910
von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts.
I. Band. Leipzig 1910
II. Band 2. Hälfte. München und Leipzig 1918
Vetsch, Jakob: Die Umgehung des Gesetzes. Zürich 1917
Volk, Leo: Die Übertragung des Anwartschaftsrechtes aus bedingter Übereignung. Erlanger Diss. 1935
Walsmann, Hans:
- Der Verzicht. Leipzig 1912
- Anmerkung zu OLG Karlsruhe JW 1928,2735 = ZZP 54,475 in ZZP 54 (1929), 478
Westermann, Harry:
- Sachenrecht. Ein Lehrbuch. 5.Auflage Karlsruhe 1966
- Referat: "Gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts" in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages. Berlin 1955 Band II F S.3 ff.
Wieacker, Franz: "Der Eigentumsvorbehalt als dingliche Vorzugshaftung" in ZAkDR 1938,590 ff.
Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung.
Band IV Teil 1. Berlin 1958
Wobbe, Ernst: Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt.
Göttinger Diss. 1931
Wörbelauer, Herbert: "Die verhinderte Eigentümergrundschuld" in NJW 1958,1705 ff.
Wolff, Th.: Die Konkursordnung. Kommentar.
2.Auflage Berlin und Leipzig 1921
Wolff-Raiser: Sachenrecht. Ein Lehrbuch.
10. Bearbeitung Tübingen 1957
Wurmann, Carl J.: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung. Kölner Diss. 1936
Zunft, o.V.:
- "Der Eigentumserwerb des Erwerbers einer Eigentumsanwartschaft" in NJW 1956,1420 ff.
- "Übertragung des Sicherungseigentums und Zession der gesicherten Forderung an verschiedene Personen" in NJW 1958, 1219 ff.

Einleitung

1.) Einschränkung der zweckü berschießenden Rechtsmacht des Sicherungsnehmers durch Vornahme einer bedingten Sicherungsübertragung.

Das vom Gesetzgeber als Sicherungsrecht zur Verfügung gestellte Institut des Pfandrechts an beweglichen Sachen und Rechten (§§ 1204 ff., 1273 ff. BGB) hat sich in der Praxis bei der Gewährung von Geldkrediten als weitgehend ungeeignet erwiesen.

Eine Bestellung des Sachpfandrechts durch Besitzkonstitut, bei der die verpfändete Sache im unmittelbaren Besitz des Schuldners verbleiben könnte, ist nicht möglich. Da aber dem kreditsuchenden Unternehmer regelmäßig daran gelegen sein wird, Besitz und Nutzung der Sicherungsgegenstände zwecks Fortführung seines Geschäftsbetriebs zu behalten, wählen die Parteien als Sicherungsrecht die Übertragung des Eigentums in der Form des Besitzkonstituts (§ 930 BGB).

Die Verpfändung von Forderungen bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Anzeige an den Drittschuldner (§ 1280 BGB). Um diese, für den Kreditnehmer meist unerwünschte Anzeige zu vermeiden, überträgt er sicherungshalber die ihm gegen seinen Schuldner zustehende Forderung in vollem Umfange auf den Kreditgeber. Dieser wird dadurch für jedermann, insbesondere auch für den Schuldner, neuer Gläubiger [1].

Die Verpfändung sonstiger Rechte, beispielsweise Urheberrechte, ist ebenfalls weniger als Kreditsicherungsmittel geeignet, da im Insolvenzfall die Befriedigung nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften stattzufinden hat (§ 1277 BGB). Trotz schon bestehenden Pfandrechts muß

---

1) RG Warn 1914 Nr.330; RGZ 102,386; Enneccerus-Lehmann § 79 IV 1; Schlegelberger-Hefermehl Anh. § 368 RN.245; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 398 RN.17

also die Vollstreckung mit der Pfändung beginnen [1]. Diese umständliche Art zwangsweiser Verwertung wird durch die sicherungshalber erfolgende Abtretung des Vollrechts umgangen.

In der Tat kann jede Rechtsform zu beliebigen wirtschaftlichen Zwecken, die mit ihr erreichbar sind, verwendet werden [2]. Während aber dem Pfandgläubiger am Sicherungsgut lediglich ein Verwertungsrecht zusteht, das wegen seiner Akzessorietät nach Tilgung der gesicherten Forderung erlischt (§§ 1252, 1273 Abs. 2 BGB), erhält der Gläubiger bei der Sicherungsübertragung mehr, als er eigentlich braucht: nämlich das volle Eigentum bzw. die volle Gläubigerstellung, obwohl er ebenfalls nur das Verwertungsrecht benötigt. Die Übertragung des Vollrechts enthält daher einen Überschuß der Rechtsform und der Rechtsmacht über den verfolgten wirtschaftlichen Rechtszweck [3].

Damit entsprechen Sicherungsübereignung und -abtretung einerseits besser den wirtschaftlichen Notwendigkeiten; andererseits erhält der Sicherungsnehmer in beiden Fällen eine zwecküberschießende Rechtsmacht. Demgegenüber verlangt die Stellung des Sicherungsgebers einen Schutz gegen einen Mißbrauch der Machtstellung.

In der schuldrechtlichen Zweckabsprache, der sog. Sicherungsabrede, werden die Rechte und Pflichten der an der Sicherungsübertragung Beteiligten abgegrenzt. Der Sicherungsnehmer verpflichtet sich, die überschießende Rechtsmacht nur zweckentsprechend anzuwenden.

Es kann für den Schuldner das Bedürfnis bestehen, über diese bloß schuldrechtliche Bindung hinaus die Rechtsmacht des Sicherungsnehmers selbst in Anpassung an den gesetzten Zweck einzuschränken. Als Mittel dazu bietet sich an, die Übertragung des Sicherungsgutes durch die Konstruktion der Bedingung mit der gesicherten Forderung zu verknüpfen. Wird das Erlöschen der gesicherten Forderung zur auflösenden Bedingung der

---

1) Palandt-Degenhart § 1277 Anm. 1 b, bb
2) Scholz, Kreditsicherung 218
3) Boehmer 159; Serick II 263

Vollrechtsübertragung gesetzt, so fällt nach Schuldtilgung das Sicherungsgut "automatisch" wieder in das Vermögen des Sicherungsgebers zurück. Demgegenüber trifft bei der unbedingten Sicherungsübertragung den Sicherungsnehmer die Pflicht, das Eigentum bzw. die sicherungshalber abgetretene Forderung bei Tilgung der gesicherten Forderung an den Sicherungsgeber zurückzuübertragen. Im Gegensatz zur unbedingten Sicherungsübertragung wird dem Sicherungsnehmer von vornherein eine in sich beschränkte Rechtsmacht übertragen, da sie mit Wegfall des Sicherungszwecks ipso iure erlischt. Es wird damit eine Annäherung an das vom Gesetz als Sicherungsrecht zur Verfügung gestellte Pfandrecht erzielt, das wegen seiner akzessorischen Ausgestaltung mit der Forderung, für die es besteht, erlischt.

2.) Die aufschiebend bedingte Sicherungsübertragung.

Im Gegensatz zur auflösend bedingten Sicherungsübertragung hat die Konstruktion der aufschiebenden Bedingung keine Bedeutung erlangt. Zwar ist eine aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung bzw. Forderungsabtretung zur Sicherung in der Weise denkbar, daß der Kreditgeber vorerst nur eine Anwartschaft auf das Eigentum bzw. die zu übertragende Forderung hat und das Vollrecht erst erlangt, wenn der Schuldner nicht zahlt [1]. Aber bei dieser Form werden die Interessen des zu sichernden Gläubigers nicht in erforderlichem Umfange gewahrt. Dieser ist daran interessiert, eine sofortige Sicherung zu erlangen und nicht erst einen für die Zukunft in Aussicht gestellten Übergang des Vollrechts.

Für den praktisch wichtigsten Fall, die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut, ist die aufschiebende Bedingung auch aus einem weiteren Grunde unbrauchbar. Der Sicherungsnehmer, dem erst in einer ungewissen Zukunft das Eigentum zufallen soll, kann nicht schon während der Schwebezeit mittelbarer Besitzer sein. Der Gedanke, daß der Schuldner das Sicherungsgut, das ihm gehört und das er im Besitz hat, vom Gläubiger,

---

1) Eichler II, 1 S. 129 Anm. 164; Salinger 433

dem es nicht gehört, mietet, leiht bzw. in Verwahrung für ihn hat, hat keinen Sinn [1]. Ein Besitzmittlungsverhältnis wäre allenfalls denkbar, wenn der Sicherungsnehmer ein Anwartschaftsrecht auf den Oberbesitz hätte und der Sicherungsgeber bereits jetzt für diesen die tatsächliche Sachherrschaft ausüben würde. Es gibt jedoch kein Anwartschaftsrecht auf mittelbaren Besitz, da das Anwartschaftsrecht eine Vorstufe zum Vollrecht ist, der Besitz aber eine Tatsache ist und auch der mittelbare Besitz vom Gesetz als etwas Tatsächliches behandelt wird [2]. Die Besitzmittlung wird erst bei Eintritt der aufschiebenden Bedingung wirksam [3]. Dazu ist erforderlich, daß der Sicherungsgeber noch in diesem Zeitpunkt im Besitz der Sache ist, denn nur unter dieser Voraussetzung entsteht mit dem Eintritt der Bedingung ein dem Erwerber den mittelbaren Besitz vermittelndes Verhältnis [4].

Wenn aber der Besitzübergang erst stattfindet, wenn die zu sichernde Forderung nicht getilgt wird, entfällt jede Sicherheit für den Gläubiger. Gibt der Schuldner die Sache vorher aus seinem Besitz, so wird der Gläubiger im Insolvenzfall nicht ipso iure Eigentümer des Sicherungsgutes. Der Schuldner kann nur obligatorisch verpflichtet werden, das Sicherungsgut in seinem Besitz zu belassen [5]. Nur wenn der Gläubiger sofort unmittelbarer Besitzer wird, erhält er eine genügende Sicherheit. Für diesen Fall wählen die Parteien aber in der Regel nicht die Sicherungsübereignung, sondern die Verpfändung. Auch dürfte es der Verkehrsauffassung widersprechen, daß die aus der Hand gegebenen und bereits übereigneten Sachen nach wie vor dem Schuldner gehören sollen [5].

Wie von Luetgebrune [6] ausgeführt ist, hat diese Form der Übereignung ihrer Zweckbestimmung nach gar nicht die Eigen-

---

1) Planck-Brodmann-Strecker § 930 Erl.4
2) RGRK-BGB-Kregel § 868 Anm.10
3) Wolff-Raiser § 67 I 3, S.244
4) Planck-Brodmann-Strecker aaO.; Soergel-Siebert-Mühl § 930 RN.5; Wolff-Raiser aaO.; Staudinger-Berg § 930 RN.6
5) Marck 50
6) Seite 35

schaft eines Sicherungsgeschäfts. Wenn der Schuldner seinem Gläubiger Wertobjekte für den Fall übereignet, daß er innerhalb einer bestimmten Frist seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt, so geht die Absicht der Parteien dahin, daß auf jeden Fall mit Fristablauf die Schuld getilgt sein solle, entweder auf die eine oder die andere Weise. Sofern die Zahlung ausbleibt, soll das Eigentum an Zahlungs Statt gegeben sein [1].

Eine unter der aufschiebenden Bedingung der Schuldtilgung abgeschlossene Sicherungsübertragung von Eigentum und Forderungen kommt auch in der Wirtschaftspraxis kaum vor. Sie bleibt daher von der weiteren Untersuchung ausgeschlossen.

3.) Problematik der auflösend bedingten Sicherungsübertragung.

In der Praxis der Banken, die als Geldkreditgeber in erster Linie in Betracht kommen, werden die Sicherungsübereignungs- und Sicherungsabtretungsverträge formularmäßig abgeschlossen. Den einzelnen Sicherungsübereignungsverträgen liegen Allgemeine Sicherungsübereignungsbedingungen zugrunde, die zu Inhalt aller Einzelverträge gemacht sind [2]. In diesen Allgemeinen Bedingungen findet sich regelmäßig die Bestimmung: "Nach Abdeckung ihrer durch die Übereignung gesicherten Ansprüche hat die Bank das dann noch vorhandene Sicherungsgut auf den Sicherungsgeber zurückzuübertragen [3]." Bei Sicherungsabtretungen

---

1) Luetgebrune 35; Fischbach 213
2) Vgl. Schütz, Formularbuch, Muster 462 Seite 588 Ziffer 14 Abs. 1: "Diese Allgemeinen Sicherungsübereignungs-Bedingungen und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank gehören zum Inhalt aller Sicherungsübereignungsverträge, die zwischen dem Sicherungsgeber und der Bank bestehen oder noch abgeschlossen werden." Die Banken übernehmen diese Muster fast wörtlich, vgl. Ziffer 14 der Allgemeinen Sicherungsübereignungsbedingungen der Landesbank und Girozentrale Saar, Saarbrücken.
3) Vgl. Schütz, Formularbuch, Muster 462 Seite 588 Ziffer 11; ebenso Ziff. 11 der ASÜB der Landesbank und Girozentrale Saar.

sind Allgemeine Bedingungen für die Abtretung von Forderungen weniger gebräuchlich [1]. Hier enthalten die einzelnen Abtretungsverträge die Verpflichtung der Bank, nach Befriedigung aller ihrer Ansprüche die ihr abgetretenen Forderungen an den Sicherungsgeber zurückzuübertragen [2]. Damit haben sich die Banken in ihrer Formularpraxis regelmäßig für die Sicherungsübertragung in der unbedingten Ausgestaltung entschieden.

Das bedeutet nun nicht, daß eine auflösend bedingte Sicherungsübertragung in der Praxis überhaupt nicht vorkäme. So kann beispielsweise aus steuerlichen Gründen die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung geboten sein. Die Sicherungsübereignung von Gebäuden auf fremdem Grund und Boden, die nur zu einem vorübergehenden Zweck errichtet wurden und deshalb nach § 95 BGB nicht wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind und nicht im Eigentum des Grundstückseigentümers stehen, unterliegt der Grunderwerbsteuer (§§ 1 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 Abs. 2 Ziff. 3 GrEStG). Für den Rückerwerb des sicherungsübereigneten Gebäudes besteht wiederum die Steuerpflicht, es sei denn, daß der Sicherungsgeber innerhalb von zwei Jahren das Sicherungseigentum zurückerhält und deshalb wegen § 17 Abs. 2 Ziff. 1 GrEStG die Steuer weder für den Erwerb noch für den Rückerwerb erhoben wird.

Bei einer Sicherungsübereignung unter der auflösenden Bedingung, daß das Eigentum nach Wegfall des Schuldgrundes zurückfallen soll, ist nach § 4 Abs.2 StAnpG die Steuer für den Erwerbsvorgang zu erstatten, auch wenn der Rückerwerb später als nach zwei Jahren erfolgt. Zwar gilt § 4 Abs.2 StAnpG ausdrücklich nur für den Erwerbsvorgang, es kann aber in sinngemäßer Anwendung des § 17 Abs.2 GrEStG angenommen werden, daß auch für den Rückerwerb keine Steuer erhoben werden soll, wenn der vorhergegangene Erwerbsvorgang nachträglich von der Steuer befreit wird [3].

---

1) Schütz, Formularbuch 500
2) Vgl. Schütz, Formularbuch, Muster 418 Seite 537 Ziffer 13; Muster 424 Seite 542 Ziffer 13; Muster 428 Seite 543 f.; ebenso Ziffer 7 des Formulars der Landesbank und Girozentrale, Saar betr. Forderungsabtretung
3) Schütz, Formularbuch 569; Serick II, 22 m.w.N.

Sicherungsübertragungen werden aber nicht nur zugunsten der Banken auf Grund von Formularverträgen vorgenommen, sondern auch zugunsten sonstiger Geldgeber. In diesen Fällen kann es geschehen, daß von den Parteien die Sicherungsabrede nur in ihren allgemeinen Umrissen festgelegt wird und die Ausgestaltung im einzelnen unterbleibt, unter anderem deswegen, weil die Parteien den Fall nach der juristischen Seite nicht übersehen. Fehlt es an einer Absprache darüber, ob bei Tilgung der zu sichernden Forderung das Sicherungsgut automatisch wieder an den Sicherungsgeber zurückfallen oder ob eine gesonderte Rückübertragung erforderlich sein soll, so stellt sich das Problem, welche Regelung zu gelten hat. Mit anderen Worten: ist die Sicherungsübertragung im Zweifel unbedingt oder auflösend bedingt vereinbart?

Zur Feststellung des Vertragsinhalts in solchen Punkten, zu denen eine Vereinbarung der Parteien nicht vorliegt, ist es notwendig, den Vertrag auszulegen. Mit dieser Problematik wird sich die vorliegende Arbeit befassen.

Dazu erscheint es erforderlich, zunächst kurz auf Konstruktion und Zulässigkeit der auflösend bedingten Sicherungsübertragung einzugehen. Im Zusammenhang damit stellt sich die Frage, ob die Einschränkung der Rechtsmacht des Sicherungsnehmers durch die Bedingungskonstruktion zu einer im Vergleich zu sonstigen Übereignungen und Abtretungen verminderten Rechtsstellung des Sicherungsnehmers führt. Das hätte zur Folge, daß der Sicherungsnehmer kein volles Eigentum bzw. keine volle Gläubigerstellung hinsichtlich der sicherungshalber abgetretenen Forderung, sondern nur ein Recht minderer Art erhielte. Deshalb ist auch die Rechtsnatur der auflösend bedingten Sicherungsübertragung zu untersuchen.

Die Vertragsauslegung setzt einen Vergleich zwischen der Rechtslage bei unbedingter und bedingter Sicherungsübertragung voraus. Da durch die Bedingungskonstruktion die Rechtsstellung des Sicherungsgebers gestärkt werden soll, gilt es zu prüfen, ob sich mit Hilfe der Bedingungsvorschriften die Rechte des Sicherungsgebers besser dogmatisch-konstruktiv erklären lassen

als mit den allgemeinen, von Rechtsprechung und Lehre für die unbedingte Sicherungsübertragung entwickelten Regeln. Hierzu sind die einzelnen Vorschriften des BGB über den Bedingungseintritt als solchen, über Bedingungsausfall und Bedingungsvereitelung und über Zwangsvollstreckung und Konkurs vor Bedingungseintritt in ihrer praktischen Anwendbarkeit auf die auflösend bedingte Sicherungsübertragung zu untersuchen.

Sodann sind in einem weiteren Kapitel die unterschiedlichen Rechtsfolgen der auflösend bedingten Sicherungsübertragung gegenüber derjenigen mit schuldrechtlicher Rückübertragungspflicht zu erörtern. Dabei ist zu überprüfen, ob die auflösend bedingte Sicherungsübertragung sachgerechtere Lösungen als die unbedingte bietet.

Die Ergebnisse dieser Untersuchungen sind für die Frage der Vertragsauslegung von entscheidender Bedeutung, denn nur auf diese Weise läßt sich feststellen, wie die Parteien des Sicherungsvertrages die Frage der Rückabwicklung geregelt hätten, wenn sie diesen Punkt hätten regeln wollen. Abschließend wird noch auf die Frage der Zweckmäßigkeit der Sicherungsübertragung in ihrer auflösend bedingten Gestaltung einzugehen sein; und zwar in dem Sinne, was den Parteien bei Abschluß eines Sicherungsvertrages zu raten ist.

1. Kapitel:

Wesen der auflösend bedingten Sicherungsübertragung im allgemeinen.

I. Konstruktion.

Bei der Sicherungsübertragung sind drei Bestandteile auseinanderzuhalten: der Sicherungsvertrag als Kausalgeschäft, die Übertragung des Eigentums oder der Forderung als Verfügungsgeschäft und die zu sichernde Forderung.

1.) Der Sicherungsvertrag als Kausalgeschäft.

Das Grundverhältnis - die causa - der Sicherungsübertragung ist der Sicherungsvertrag [1]. Aus dieser Abrede ergeben sich die beiderseitigen Rechte und Pflichten am Sicherungsgut. Als Vertragstyp hat er keine gesetzliche Regelung erfahren. Seine Zulässigkeit ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit.

Den Sicherungsgeber trifft die Hauptpflicht, zur Sicherung einer Forderung dem Gläubiger Eigentum am Sicherungsgut bzw. eine andere Forderung zu übertragen. Der Sicherungsgeber braucht nicht mit dem Schuldner identisch zu sein; ähnlich wie beim Pfandrecht kann auch ein Dritter für den Schuldner die Sicherheit geben.

Die Übertragung soll nach der Absicht der Parteien regelmäßig nicht erfüllungshalber erfolgen [2]; bei der Sicherungsabtretung ist der Gläubiger daher nicht verpflichtet, zunächst mit verkehrsüblicher Sorgfalt zu versuchen, sich aus der abgetretenen Forderung zu befriedigen [3]. Die Übertragung geschieht vielmehr sicherungshalber: nur wenn die zu sichernde Forderung notleidend wird, soll sich der Gläubiger aus dem Sicherungsgut befriedigen.

Die Sicherungsübertragung ist nur als vorläufige gedacht. Mit dem Erlöschen der gesicherten Forderung soll nach dem Vertrag bei der auflösend bedingten Sicherungsübertragung die Bedingung eintreten und das Sicherungsgut an den Sicherungsgeber zurückfallen. Sofern sich die Gegenstände nicht bei ihm befinden, steht ihm dann der Eigentumsherausgabeanspruch zu. Daneben besteht außerdem noch die obligatorische Verpflichtung des Sicherungsnehmers, die Gegenstände nach Erlöschen des Anspruchs zurückzugeben [4]. Es bestehen daher dinglicher und obligatorischer Anspruch nebeneinander. Das gleiche gilt

---

1) Serick I 58; Westermann, Sachenrecht 210
2) a.A. Serick II 264
3) hierzu: RGZ 65, 81
4) Schöny ArchbürgR 35, 319; Marck 47; a.A. Serick III 226

übrigens auch beim Pfandrecht (§ 1223 Abs. 1 BGB).

Wird die Forderung nicht getilgt, fällt die Bedingung aus, und der Gläubiger darf das Sicherungsgut zwecks Befriedigung verwerten. In diesem Falle unterscheidet sich die Rechtslage nicht von der unbedingten Sicherungsübertragung. Der bei der Verwertung des Sicherungsgutes erzielte Übererlös, der nicht zur Befriedigung des Gläubigers benötigt wird, ist dem Sicherungsgeber auszuhändigen (1).

Die Sicherungsabrede enthält darüber hinaus für den Sicherungsgeber die Pflicht, ordnungsgemäß mit den ihm im Besitz überlassenen Gegenständen umzugehen; für den Sicherungsnehmer können Bestimmungen über die Art der Verwertung getroffen sein.

Seiner Rechtsnatur nach ist der Sicherungsvertrag als unvollkommen zweiseitiger Vertrag zu qualifizieren. Die Auffassung, es handele sich um einen gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 320 ff BGB (2) ist abzulehnen (3). Zwar werden in der Praxis Darlehen und Sicherungsvertrag meistens formularmäßig gleichzeitig abgeschlossen; sie dürfen jedoch nicht miteinander vermengt werden. Die Gewährung des Darlehens ist keine Gegenleistung für die Übertragung des Sicherungsgutes. Das unverzinsliche Darlehen ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag, das verzinsliche ein gegenseitiger Vertrag (4).

Ist der Sicherungsvertrag nicht zustandegekommen oder nichtig, so steht dem Sicherungsnehmer kein Anspruch auf Übertra-

---

1) Heydegger 10
2) Hartmann 78
3) Reich, Sicherungsübereignung 64; Serick I 61
4) Auch für die Sicherungsgrundschuld wird zu Unrecht von Felgentraeger 147 und Baur 390 die Auffassung vertreten, es handele sich beim Sicherungsvertrag um einen gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 320 ff BGB, in dem der Gläubiger sich verpflichte, ein Darlehen zu gewähren und die Sicherung zurückzuübertragen, wenn das Darlehen getilgt wird, während der Eigentümer sich verpflichte, eine Grundschuld dem Gläubiger zu bestellen. Es ist auch hier zu berücksichtigen, daß die Grundschuld nur zur Sicherung des Darlehensanspruchs, nicht dagegen als Gegenleistung für das Darlehen gewährt wird.

gung des Sicherungsgutes zu. Hat der Schuldner die Sicherheitsleistung schon erbracht, so kann er Rückübertragung auf Grund § 812 Abs.1 Satz 1 BGB (condictio indebiti) verlangen (1). Der Bereicherungsanspruch ist aus § 812 Abs.1 Satz 2, 1. Alt. BGB begründet, wenn der Anspruch auf Bestellung der Sicherheit zunächst entstanden, später aber wieder weggefallen ist (condictio ob causam finitam) (2). Das gilt unabhängig davon, ob die zu sichernde Forderung besteht. Die Sicherungsübertragung ist als abstraktes Rechtsgeschäft von der Gültigkeit des Sicherungsvertrages unabhängig.

Die Rechtslage unterscheidet sich insoweit nicht von der Sicherungsübertragung mit schuldrechtlicher Rückübertragungsverpflichtung. Es besteht kein Bedingungszusammenhang zwischen dem Verfügungsgeschäft und der kausalen Sicherungsabrede. Deshalb ist auch die von Serick (3) vertretene Auffassung abzulehnen, daß die unter auflösender Bedingung vorgenommene Sicherungsübertragung eine kausale Verfügung des Sicherungsgebers darstelle (4). Auch das Pfandrecht ist trotz seiner akzessorischen Natur gegenüber seinem Rechtsgrund, der Verpflichtung zur Pfandbestellung, abstrakt. Die Bedingung bewirkt rechtstechnisch lediglich die Abhängigkeit des Verfügungsgeschäfts von der zu sichernden Forderung.

Der Gesichtspunkt, daß die übertragenen Gegenstände dem Gläubiger nur zu seiner wirtschaftlichen Sicherung dienen sollen, führt zu der Auffassung der Sicherungsabrede als Treuhandvertrag und des ganzen Sicherungsgeschäfts als Treuhandverhältnis. Der Sicherungsvertrag begründet ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien mit beiderseitigen Treupflichten. Der Sicherungsgeber vertraut darauf, daß der Gläubiger über das

---

1) Baur 549; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh. 164; Westermann, Sachenrecht 210
2) Serick I 63
3) Band I S.59
4) Die Ansicht wäre selbst dann unrichtig, wenn ein Verfügungsgeschäft durch eine Bedingung mit dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft verknüpft ist. Da die Kausalabrede außerhalb des gesetzlichen Entstehungstatbestandes des Verfügungsgeschäfts liegt, bewirkt die Bedingung nicht, daß das Verfügungsgeschäft zu einem kausalen wird; vgl. Stoll ZHR 1966,241; Westermann, Sachenrecht 32 f.; Minas 101

ihm übertragene Recht nicht zweckwidrig verfügt; dieser ist daran interessiert, daß der Sicherungsgeber mit dem in seinem Besitz überlassenen Sicherungsgut ordnungsgemäß umgeht (1). Die Parteien legen im Sicherungsvertrag fest, daß der Sicherungsnehmer zwar das Vollrecht erwerben soll, aber nicht endgültig, sondern nur zu einem vorübergehenden Zweck. Infolgedessen erhält er das Sicherungsgut zu treuen Händen. Da die Sicherungsübertragung ausschließlich im Interesse des Treuhänders liegt, wird sie zu der sog. eigennützigen Treuhand gerechnet (2). Für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung ergeben sich, was die Rechtsnatur der Sicherungsabrede als Treuhandvertrag angeht, keine Besonderheiten gegenüber dem unbedingten Sicherungsgeschäft.

2.) Die bedingte Übertragung des Eigentums oder der Forderung (Verfügung).

Zur Zulässigkeit der Sicherungsübertragung als solcher bedarf es keiner Ausführung mehr; sie ist gewohnheitsrechtlich anerkannt (3).

Es besteht auch kein Zweifel darüber, daß die Übertragung des Eigentums oder der Forderung bedingt ausgestaltet werden kann. Das ergibt sich für die Eigentumsübertragung einmal aus der Regelung beim Eigentumsvorbehalt in § 455 BGB: dort ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Zum anderen läßt sich die Zulässigkeit aus § 925 Abs.2 BGB herleiten, wonach die bedingte Auflassung unwirksam ist. Da im Recht der beweglichen Sachen eine entsprechende Vorschrift fehlt, ergibt sich mittels Umkehrschlusses die Zulässigkeit. Die Vorschriften des allgemeinen Teils über

---

1) Heydegger 11
2) Palandt-Degenhart Einf. 7 B bb vor § 929; Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962,41; RGRK-HGB-Ratz § 398 Anm. 95; Staudinger-Berg § 929 Anm. 31
3) statt aller: Palandt-Degenhart § 930 Anm. 4

auflösend bedingte Rechtsgeschäfte gelten auch für die Übereignung beweglicher Sachen.

Beim Eigentumsvorbehalt ist nur die dingliche Einigung aufschiebend bedingt, während die reale Übergabe der Sache erfolgt. Dagegen wird bei der Sicherungsübereignung die Sachübergabe regelmäßig durch die Vereinbarung eines Besitzkonstituts ersetzt (§ 930 BGB). Hierbei wird ein sog. abstraktes Konstitut für unzulässig gehalten (1). Den besitzrechtlichen Beziehungen der Beteiligten muß vielmehr ein konkretes Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 BGB zugrunde liegen; es bedarf hierzu eines bestimmten Verpflichtungsgrundes, aus dem sich Nutzungsrecht oder Verwaltungspflicht des Besitzmittlers ergibt und aus dem zu gegebener Zeit für den mittelbaren Besitzer ein Herausgabeanspruch entsteht (2). Dabei wird neuerdings die Vereinbarung eines Sicherungsverhältnisses als ein vollgültiges Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 BGB angesehen, sofern sich aus dem Sicherungsvertrag die Rechte und Pflichten der Beteiligten hinsichtlich des Sicherungsgutes ergeben (3). Diese Vereinbarung, vermöge dessen der Sicherungsnehmer den mittelbaren Besitz erlangt, ist im Gegensatz zur realen Übergabe rechtsgeschäftlicher Natur (4). Auch dieses Sicherungsverhältnis wird ebenso wie die Einigung auflösend bedingt vereinbart (5). Mit Bedingungseintritt hat der Sicherungsgeber nicht mehr den Willen, für einen "Oberbesitzer" das Sicherungsgut zu besitzen. Er will mit der Tilgung nicht nur Eigentümer, sondern auch Eigenbesitzer werden. Deshalb ist die von Jansen (6) vertretene Auffassung abzulehnen, daß die Resolutivbedingung nur Bestandteil des dinglichen Vertrages, nicht aber des Besitzmittlungsverhältnisses sei. Zwar

---

1) h.L.; RG JW 1927,670; Palandt-Degenhart § 930 Anm.2b
2) Soergel-Siebert-Mühl § 868 RN.9
3) RGZ 118,361,364; 132,183,186; BGH WM 61,1048; Baur 546; Palandt-Degenhart § 930 Anm.4; Soergel-Siebert-Mühl § 930 RN.22 m.w.N.; Westermann, Sachenrecht 208
4) Kruschewski 38
5) Kohler ArchbürgR 18,118; Schöny ArchbürgR 35,308; Stintzing 232; Tölke 14; Wolff-Raiser § 67 I 3 S.244
6) Seite 14

ist der Besitz eine Tatsache, so daß es auch kein bedingtes Besitzverhältnis geben kann [1]. Davon zu unterscheiden ist aber das den mittelbaren Besitz begründende Rechtsverhältnis [2], das auflösend bedingt vereinbart werden kann.

Es besteht jedoch noch ein anderes Problem. Nicht selten nimmt der Sicherungsnehmer schon während der Dauer des Kredit- und Sicherungsverhältnisses das Sicherungsgut in seinen Besitz. Nach den "Allgemeinen Sicherungsübereignungsbedingungen" der Banken [3] ist er dazu berechtigt, wenn der Schuldner den Kreditvereinbarungen oder seinen Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht nachkommen sollte.

Das BGB geht bei der Eigentumsübertragung vom Traditionsprinzip aus. Wie kann aber das Sicherungsgut, das sich bei Bedingungseintritt möglicherweise im Besitz des Sicherungsnehmers befindet, "automatisch" ohne Übergabe oder Übergabesurrogat wieder in das Eigentum des Sicherungsgebers zurückfallen?

Der Eigentumsrückfall ist nur als Ausnahme vom Traditionsprinzip zu erklären [4]. Denn es ist unzweifelhaft, daß nach unserem Recht der durch die Bedingung Bezeichnete unter allen Umständen Eigentümer wird. Deshalb fällt bei auflösend bedingter Eigentumsübertragung durch Konstitut mit Bedingungseintritt das Eigentum an den Veräußerer, gleichviel in wessen Besitz sich die Sache befindet [5].

Demgegenüber vertritt du Chesne [6] die Auffassung, eine auflösend bedingte Eigentumsübertragung sei nicht möglich, da das BGB eine Rückübertragung des Eigentums ohne erneute Sachübergabe nicht kenne. Diese Ansicht ist abzulehnen, da wegen § 158 Abs.2 BGB die Wirkungen der Übereignung ipso iure endi-

---

1) RGRK-BGB-Kregel § 868 Anm.10
2) Soergel-Siebert-Mühl § 930 RN.12
3) Schütz, Formularbuch Muster 462 Seite 588 Ziff.10 Abs.1; ebenso Ziff.10 Abs.1 ASÜB der Landesbank und Girozentrale Saar
4) Kohler ArchbürgR 18,101; v.Tuhr II,2 S.322 Anm.62
5) Erman-Westermann § 930 Anm.2; Fischbach 212; Planck-Brodmann-Strecker § 930 Erl.4; Soergel-Siebert-Mühl § 930 Anm.5; Wolff-Raiser § 67 I 3 S.244
6) Recht 1924,441

gen.

Bei der Sicherungsabtretung stellt sich das Traditionsproblem nicht. Hier ist ohne Zweifel, daß die Einigung über den Forderungsübergang auflösend bedingt abgeschlossen werden kann [1].

3.) Die zu sichernde Forderung.

Die zu sichernde Forderung wurde von der früheren Lehre häufig als Rechtsgrund des Sicherungsgeschäfts angesehen [2]. Westermann [3] bezeichnet sie als mittelbaren Rechtsgrund. Weder aus dem Darlehensvertrag noch aus der daraus entspringenden Forderung kann der Sicherungsnehmer auch nur einen mittelbaren Anspruch auf Einräumung einer Sicherheit gegen den Sicherungsgeber herleiten. Die Forderung ist deshalb auch kein mittelbarer Rechtsgrund. Von dem Sicherungsvertrag, der der Übereignung zugrunde liegt, muß das Schuldverhältnis unterschieden werden, aus dem sich die zu sichernde Forderung ergibt [4]. Zwar werden Darlehens- und Kreditgeschäft meistens gleichzeitig abgeschlossen; in diesem Falle lassen sich beide Verträge als wirtschaftliche Einheit auffassen [5]. Möglich ist aber auch zeitliche Divergenz oder, daß ein Dritter als Sicherungsgeber auftritt.

a) Nichtbestehen der Forderung bei unbedingter Sicherungsübertragung.

Ist die zu sichernde Forderung von Anfang nichtig, so soll bei unbedingter Sicherungsübertragung nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung der Sicherungsgeber das Sicherungsgut

---

1) Vgl. z.B. RGZ 55,394; 102,386; RG JW 1929,182 f.; Esser, Schuldrecht I 411
2) Krawielicki 33; Wurmann 13; RG JW 1934,3124 betr. Grundschuld; vgl. auch Hartmann 78, der die Verabredung des Darlehens als Rechtsgrund bezeichnet.
3) Sachenrecht 210
4) Federmann 33; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.165; Soergel-Siebert-Mühl § 929 RN.25
5) Schlegelberger-Hefermehl aaO.

nach Bereichungsrecht zurückverlangen können [1]. Nach der Auffassung von Serick [2] soll die Nichtigkeit des Darlehensvertrages stets die Nichtigkeit des Sicherungsvertrages und damit die Kondiktion der Sicherheitsleistung nach sich ziehen.

Es besteht aber kein Anlaß, einen Dritten, der nachträglich auf Drängen des Gläubigers eine Sicherheit für den Schuldner gewährt, auf Bereicherungsansprüche zu verweisen, wenn sich das Nichtbestehen des Anspruchs herausstellen sollte. Bei Gültigkeit des Sicherungsvertrages darf der Sicherungsgeber nicht schlechter gestellt werden, als wenn die zu sichernde Forderung besteht. Die Pflicht zur Rückübertragung ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag [3].

b) Nichtbestehen der Forderung bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Für den Fall der bedingten Sicherungsübertragung ist zu unterscheiden, ob zwischen den Parteien bei Abschluß des Sicherungsvertrages das Bestehen der gesicherten Forderung zweifelhaft war oder nicht.

aa) Der Bestand war unter den Parteien zweifelhaft.

Im ersten Fall ist das Bestehen der zu sichernden Forderung überhaupt in Abhängigkeit zur Sicherungsübertragung gesetzt [4]. Die Übertragung des Sicherungsgutes soll nur dann vorgenommen sein, wenn die zu sichernde Forderung tatsächlich besteht.

Eine Bedingung im Sinne der §§ 158 ff. BGB liegt dann jedoch nicht vor. Es gehört zum Wesen der Bedingung, daß durch sie die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden [5].

Das Vorliegen der zu sichernden Forderung ist objektiv bereits

---

1) Krawielicki 33; Locher AcP 121,45; Reich, Sicherungsübereignung 69; Westermann, Sachenrecht 210; Wolff-Raiser § 179 III 2b Anm.29, S.737
2) Band I 60 und 62 und III 392
3) im Ergebnis ebenso: Baur 549
4) Vgl. Erman-Westermann Anhang §§ 929-931 Bem.3; Westermann, Sachenrecht 211
5) h.L.; Palandt-Danckelmann/Heinrichs Einf.2 vor § 158; Soergel-Siebert-Knopp Vorb. § 158 RN.2

entschieden; nur zwischen den Parteien herrscht (subjektiv) Ungewißheit. Die echte Bedingung setzt aber stets objektive Ungewißheit über den Eintritt oder Nichteintritt der gewollten Rechtswirkung voraus. In Anlehnung an die römischen Quellen D 12,1,37 spricht man von dieser, auf die Gegenwart oder Vergangenheit abstellenden Bedingung von der condicio in praesens vel praeteritum collata (1), Henle (2) bezeichnet sie als "Unterstellung", von Tuhr (3) als "Voraussetzung". Bei entsprechender Klärung der subjektiven Ungewißheit ist die Sicherungsübertragung gültig, wenn die Forderung besteht; fehlt sie, so ist das Sicherungsgeschäft unwirksam (4). Die BGB-Vorschriften über die Bedingung finden keine Anwendung (5).

Möglich ist auch die Vereinbarung, daß sowohl Bestehen als auch Fortbestehen der zu sichernden Forderung zur Bedingung der Sicherungsübertragung gemacht werden (6). Diese Klausel enthält eine Alternative von Scheinbedingung und echter Bedingung. Entweder besteht die Forderung von Anfang an nicht, dann ist die Sicherungsübertragung unwirksam; oder das Erlöschen der Forderung tritt nachträglich ein, dann fällt das Sicherungsgut wieder ins Vermögen des Sicherungsgebers. Scheinbedingung und echte Bedingung schließen sich nicht aus; sie können nebeneinander bestehen (7).

bb) Die Parteien gingen zu Unrecht vom Bestehen der Forderung aus.

Aber nur in den seltensten Fällen werden die Parteien das Bestehen der Forderung überhaupt in Abhängigkeit zur Sicherungsübertragung setzen. Vielmehr werden die Parteien regelmäßig davon ausgehen, daß die zu sichernde Forderung besteht und nur deren Tilgung zur auflösenden Bedingung der Übertragung

---

1) Soergel-Siebert-Knopp aaO.; Staudinger-Coing Vorb. vor § 158 Anm.17
2) Unterstellung 20; Lehrbuch 305
3) Band II,2 S.280
4) Enneccerus-Nipperdey II § 194 II 1 FN.6 S.1186; Henle, Lehrbuch 309
5) Palandt-Danckelmann/Heinrichs Einf.2 vor § 158
6) Erman-Westermann §§ 929-931 Anhang 3
7) Henle, Unterstellung 26

des Sicherungsgutes setzen. Stellt sich nachträglich heraus, daß von vornherein keine Forderung bestand, so sind die Bedingungsvorschriften nicht unmittelbar anwendbar. Nach § 158 Abs.2 BGB e n d i g t mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts. In dieser Bestimmung kommt die einstweilige Gültigkeit mittelbar zum Ausdruck: Die Wirkungen müssen zunächst einmal eingetreten sein [1]. Es ist ein als zukünftig gedachtes Ereignis zur Bedingung gemacht (der Wegfall der zu sichernden Forderung), aber ohne Wissen der Parteien ist das Ereignis bereits bei Vornahme des Rechtsgeschäfts eingetreten. In einem solchen Falle besteht keine objektive Ungewißheit des Rechtszustandes, so daß keine echte Bedingung vorliegt [2].

Hier stellt sich das Problem der Auslegung des Sicherungsvertrages. Die Argumentation, die Bedingung - nämlich die Tilgung der Forderung - sei ausgefallen, da keine Forderung besteht, würde der Interessenlage nicht gerecht werden. Die Parteien würden es für unverständlich halten, wenn zwar beim nachträglichen Wegfall der Forderung das Sicherungsgut ipso iure ins Vermögen des Sicherungsgebers zurückfiele, bei ursprünglichem Fehlen der Forderung der Sicherungsgeber aber auf einen obligatorischen Anspruch angewiesen sein sollte. Vielmehr wird es dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprechen, daß bei ursprünglichem Fehlen der Forderung das Sicherungsgut beim Sicherungsgeber verbleiben soll. Das ergibt sich mittels argumentum a maiore ad minus. Es kommt nicht gerade auf den zukünftigen Eintritt des Ereignisses an; ihm muß das Fehlen der Forderung von Anfang an gleichstehen. Deshalb steht die auflösend bedingte Sicherungsübertragung zugleich unter der auf die Gegenwart oder Vergangenheit abstellenden Bedingung, daß die zu sichernde Forderung überhaupt besteht.

---

1) Vgl. Henle, Lehrbuch 300
2) von Tuhr II,2 S.281

II. Resolutivbedingung und Veräußerungsverbot.

Lehmann-Hübner [1] halten die Vereinbarung des Rückfalles des übertragenen Sicherungsrechts bei Zweckerledigung, z.B. bei Schuldtilgung, für wirksam, machen aber gleichwohl Bedenken aus § 137 BGB geltend.

Nach dieser Bestimmung wirkt ein rechtsgeschäftliches Verbot, über ein veräußerliches Recht zu verfügen, nicht gegenüber Dritte; eine gleichwohl getroffene Verfügung ist vollwirksam.

Die Möglichkeit, daß eine Resolutivbedingung mit § 137 BGB in Konflikt kommt, besteht nur dann, wenn als auflösende Bedingung gesetzt wird, daß das Eigentum an den Veräußerer zurückfalle, sobald der Erwerber die Sache weiter veräußere. Es handelt sich um ein Problem aus dem allgemeinen Treuhandrecht. A.Schultze [2] schlägt zur Ausgestaltung des Treuhandrechts vor, einem Treuhänder Eigentum nur unter gewissen erheblichen Beschränkungen zu übertragen; nämlich unter der auflösenden Bedingung, daß Tod, Wegfall des Treuhänders, Gebrauch, insbesondere Verfügung zu anderem als dem gesetzten Zweck ohne weiteres den Rückfall an den Treugeber herbeiführen.

Bei der Sicherungsübereignung tritt dagegen der Treuhandcharakter in den Hintergrund, der Sicherungszweck erscheint als das Wesentliche. Wird die Schuldtilgung zur auflösenden Bedingung gesetzt, so sollen nicht das Verhalten des Sicherungsnehmers oder Umstände, die in seiner Person eintreten, den Eigentumsrückfall herbeiführen. Vielmehr soll das Sicherungsrecht in dem Augenblick zurückfallen, in welchem der Grund seines Bestehens aufhört, wirksam zu sein [3]. Damit bestehen im Regelfall keine Bedenken aus § 137 BGB gegen die Zulässigkeit der auflösend bedingten Sicherungsübertragung.

Problematisch wird die Rechtslage dagegen, wenn ausnahmsweise als auflösende Bedingung die verbotene Weiterveräußerung des Sicherungsgutes durch den Sicherungsnehmer gesetzt ist. Hier

---

1) Seite 255
2) Ih.Jb. 43,20
3) Marck 47

stellt sich die Frage, ob § 137 BGB durch den Tatbestand der Resolutivbedingung des Rückfalls im Falle der Weiterveräußerung verletzt wird.

Nach der Auffassung von Schott (1) wird durch eine solche Resolutivbedingung genau der Tatbestand geschaffen, dem § 137 BGB die Rechtswirksamkeit versagen will. Diese Bestimmung wolle verhüten, daß jemand Vermögensstücke und so schließlich sein ganzes Vermögen außer Verkehr setzen und damit dem Zugriffe (2) seiner Gläubiger entziehen könne. Schott bemerkt weiter (3), § 137 BGB stehe zwischen den denkbar schärfsten zwingenden Gesetzen des § 134 und § 138 BGB. Auch Oertmann (4) hält die Einkleidung des Veräußerungsverbotes in die Form einer Resolutivbedingung für unzulässig. Der rechtspolitische Zweck des § 137 BGB bestehe in der Erleichterung des Verkehrs, der durch solche interne, allein den Sonderzwecken der Parteien dienende Abmachungen nicht in Mitleidenschaft gezogen werden dürfe. Diesen Zweck könne die Beifügung einer Bedingung auf das leichteste zunichte machen.

Crome (5) und Schloßmann (6) sind ebenfalls dieser Ansicht mit Rücksicht auf den zwingenden Charakter des § 137 BGB beigetreten. Die Veräußerungsbefugnis bilde eines der wesentlichsten Freiheitsrechte des Individuums; eine solche Beschränkung des Eigentumsrechtes liefe außerdem der Organisation der Privatrechte zuwider (7).

Diese Ansicht ist aber mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum abzulehnen.

Zu Recht weist Riezler (8) darauf hin, daß § 137 BGB Ausdruck des im Bürgerlichen Gesetzbuch vorherrschenden Grundsatzes

---

1) S.305 ff.,331; ebenso Vetsch 114
2) Im Text heißt es: "Zeugnissen", wobei es sich offensichtlich um einen Druckfehler handelt.
3) S.317
4) BGB § 137 Anm.2aβ
5) S.379
6) S.382
7) Im Ergebnis ebenfalls gegen die Zulässigkeit einer auf den Fall der Weiterveräußerung gestellten Resolutivbedingung: Haemmerle 689; Hengstberger 49
8) KritViertSchr. 48,69

der Unzulässigkeit relativ-dinglicher Rechte ist. Es soll die Rechtsunsicherheit vermieden werden, die sich daraus ergibt, daß man objektiv-veräußerliche und subjektiv-unveräußerliche Rechte anerkennt. Erblickt man in diesem konstruktiven Gesichtspunkte die ratio legis des § 137 BGB, dann bedeutet die Resolutivbedingung des Rückfalls bei Weiterveräußerung keinen Verstoß gegen § 137 BGB (1). Was die Privatgläubiger des Treuhänders angeht, so können auch sie sich nicht beklagen, wenn ihnen der Zugriff in das Treugut verwehrt ist. Sie haben nämlich gar keinen Anspruch auf das Treugut, während die Gläubiger des Sicherungsgebers jederzeit den Herausgabeanspruch pfänden können (2).

Der Auffassung Cromes, die Veräußerungsbefugnis bilde eines der wesentlichsten Freiheitsrechte, ist entgegenzuhalten, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit ein mindestens ebenso wichtiges Recht bildet (3).

Hieran lassen sich noch folgende Erwägungen anschließen: Eine vom Gesetz für allgemeingültig erklärte Konstruktionsmöglichkeit kann nicht als einer anderen Gesetzesnorm widersprechend angesehen werden (4). Die Bedingungsvorschriften sind vielmehr als Spezialbestimmungen im Verhältnis zu § 137 BGB anzusehen. Die Zufügung einer Bedingung zu einem Rechtsgeschäft bildet eine Ausnahme. Überdies kann nur der Veräußerer, nicht aber jeder interessierte Dritte, durch Verabredung einer auflösenden Bedingung den Eigentümer an der Veräußerung hindern (5).

Auch in den Rechtswirkungen unterscheidet sich eine derartige Resolutivbedingung von den Wirkungen des Veräußerungsverbotes. Wird eine unerlaubte Verfügung des Sicherungsnehmers über das Sicherungsgut zur auflösenden Bedingung gesetzt, so fallen bei Bedingungseintritt die Gegenstände an den Sicherungsgeber zurück, es sei denn, der Dritterwerber erwirbt das Eigentum in-

---

1) ebenso KG OLG 22,388; Siebert 218; Staudinger-Coing § 137 RN.3
2) Heymann 519; Schöny ArchbürgR 35,345
3) Riezler KritViertSchr. 48,65; Fischbach 218
4) Fischbach 219; Schöny ArchbürgR 35,344
5) Schöny ArchbürgR 35,344; Siebert 218; von Tuhr II,2 S.375

folge Gutgläubigkeit gemäß § 161 Abs.3 BGB. Dagegen ist eine Verfügung, die gegen das Veräußerungsverbot des § 137 BGB verstößt, in jedem Falle wirksam, gleichgültig ob der Erwerber vom Verbot Kenntnis hatte oder nicht (1).

Es wäre also unrichtig zu sagen, daß das in § 137 BGB geregelte Veräußerungsverbot sich mit dem Inhalt der auflösend bedingten Eigentumsübertragung decke und daß es sich lediglich um verschiedene technische Mittel zur Erreichung desselben Erfolges handele (2). Im Falle des Veräußerungsverbotes beabsichtigen die Parteien die Bestellung eines endgültigen Eigentümers, während bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung der Sicherungsnehmer gar nicht endgültig Herr des Sicherungsgutes werden soll.

Im übrigen war schon bei der Redaktion des BGB die Ähnlichkeit zwischen Veräußerungsbeschränkungen durch dinglich wirkende Bedingungen und Veräußerungsverbot nach § 137 BGB bekannt (3). Hätte man eine solche Bedingung nicht zulassen wollen, so hätte dies im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden müssen (4).

Aus alledem ergibt sich die Zulässigkeit einer Resolutivbedingung, nach der das Eigentum im Falle der Weiterveräußerung zurückfallen soll (5). Die von Lehmann-Hübner (6) geltend gemachten Bedenken gegen die Zulässigkeit einer auflösend bedingten Sicherungsübereignung sind daher auch dann unbegründet, wenn als Resolutivbedingung abredewidrige Weiterveräußerung gesetzt ist.

---

1) unrichtig Fischbach 220 und Siebert 218, wonach bei einem Verstoß gegen das Veräußerungsverbot das Recht bei dem Gebundenen verbleiben solle; wie hier: Anker 51 Anm.168
2) so aber offenbar KG OLG 22,388
3) Motive I,259
4) Anker 51; Fischbach 221
5) Im Ergebnis ebenso, aber ohne Begründung: RGZ 55,393; 99,143; RGRK-BGB-Krüger-Nieland § 137 Anm.5; Erman-Westermann § 137 Anm.4; Planck-Flad § 137 Anm.2b; Enneccerus-Nipperdey § 144 Anm.23, S.892; Lehmann-Hübner § 29 III 4, S.197; Otto von Gierke II 152 Anm.43
6) Seite 255

Zu untersuchen bleibt noch, ob eine Sicherungsübertragung, die unter die auflösende Bedingung des Erlöschens der Forderung gestellt ist, zugleich - wenigstens stillschweigend - unter der auflösenden Bedingung verbotener Weiterveräußerung des Sicherungsgutes steht. Gemeinsam ist beiden Fällen, daß die Rechtsmacht des Sicherungsnehmers durch die Resolutivbedingung dinglich beschränkt wird. Im Hinblick darauf behandelt Otto von Gierke [1] beide Möglichkeiten zusammen. Nach seiner Auffassung kann die Beifügung einer Bedingung, wonach die Übertragung durch den Wegfall ihres Grundes o d e r durch den Bruch der Treupflicht auflösend bedingt wird, stillschweigend erfolgen. Dies sei regelmäßig als erfolgt anzusehen.

Läßt sich aus dem Sicherungsvertrag nichts zur Lösung der Frage entnehmen, ob bei verbotener Weiterveräußerung das Sicherungsgut an den Sicherungsgeber zurückfallen soll, so kann allein aus der Tatsache, daß die Sicherungsübereignung unter der auflösenden Bedingung der Tilgung der Forderung vorgenommen ist, nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß auch treuwidrige Verfügung des Gläubigers den ipso-iure-Rückfall des Sicherungsgutes an den Sicherungsgeber zur Folge haben soll. Während Tilgung der Forderung ein Umstand ist, der auf das Verhalten des Sicherungsgebers zurückzuführen ist, handelt es sich bei abredewidriger Weiterveräußerung um ein Verhalten des Sicherungsnehmers. Beide Alternativen können daher nicht gleichgesetzt werden, außer wenn besondere Anhaltspunkte vorliegen. Aus der Einigung der Parteien, daß mit Erreichen des Sicherungszwecks das Sicherungsgut an den Schuldner zurückfallen soll, läßt sich nicht ohne weiteres das Einverständnis des Sicherungsnehmers herleiten, daß auch sonstige Umstände, z.B. treuwidrige Verfügung, den Bedingungseintritt herbeiführen sollen. Dies könnte sonst leicht zu einer Ausuferung der als Bedingungstatbestand vorgesehenen Ereignisse führen.

---

1) III,204; ähnlich II 152 Anm.43

2. Kapitel:

Die Rechtsnatur der auflösend bedingten Sicherungsübertragung und das Anwartschaftsrecht.

I. Ist das unter einer auflösenden Bedingung zur Sicherung übertragene Recht nur eine Belastung?

Bei der Untersuchung der Rechtsnatur der auflösend bedingten Sicherungsübertragung ist zunächst zu prüfen, ob allgemein die Übertragung des Eigentums oder eines sonstigen Rechts, sofern sie zur Sicherung einer Forderung geschieht, dazu führt, daß der Sicherungsnehmer nicht das Vollrecht, sondern ein Recht minderer Art, etwa nur ein beschränkt dingliches Recht, erhält. Daran anschließend wird zu erörtern sein, ob sich an dem gefundenen Ergebnis etwas ändert, wenn die Sicherungsübertragung unter einer Bedingung vorgenommen wird.

1.) Übertragung zur Sicherheit als Belastung?

Es ist in der Literatur die Meinung vertreten worden, daß bei Übertragung von Eigentum oder Forderungen zur Sicherung lediglich ein Pfandrecht begründet werde. Der mit der Übertragung verfolgte Sicherungszweck lasse das Geschäft inhaltlich zu einer Verpfändung werden. Zur Begründung wird vorgetragen, daß die Beteiligten durchweg nicht die Sachherrschaft des Eigentümers übertragen wollten; in Wahrheit solle der zu Sichernde nur den Inhalt der Rechte eines Pfandgläubigers erlangen [1]. Daß die Parteien andere Worte gebrauchten, sei nicht entscheidend. Die Sicherungsübereignung als solche sei reiner Rechtsschein. Da das Gesetz die Begründung eines Besitzlosenpfandrechts nicht zugelassen habe, werde das Pfand formal "in das Gewand des übertragenen Eigentums gehüllt" [2]. Dabei dürfe aber nicht übersehen werden, daß es etwas ganz Verschiedenes sei, ob der Sicherungsnehmer aus seinem Eigentum den Eigentumsherausgabeanspruch gegen den Sicherungsgeber habe und durchführe oder ob das Sicherungseigentum der Aufga-

1) Schwister JW 1931,1163; Heck 433
2) Walsmann, Verzicht 223

be diene, Dritten gegenüber die übereignete Sache dem Sicherungsnehmer für die Befriedigung wegen seiner Forderung zu reservieren. Das könne niemals die Aufgabe und die Wirkung des Eigentums sein - dies sei die unbeschränkte Sachherrschaft -, sondern nur eines Pfand- oder Vorzugsrechts. Der Zweck strahle so stark durch, daß die Verkleidung mit dem Eigentum ihn nicht zu verbergen vermöge (1).

Dem Sicherungsnehmer komme es auch nicht auf den Genuß und die Herrschaft der Sache an, sondern nur auf die Sicherung durch den Wert der Sache, die ihm eventuell als Befriedigungsobjekt zur Verfügung stehen solle (2). Deshalb sei die Sicherungsübereignung eine verschleierte Pfandbestellung; sie schaffe für den Sicherungsnehmer nur ein Besitzlosenpfandrecht; während dem Sicherungsgeber das Eigentum zuzusprechen sei (3).

Die Problematik, ob eine derartige Bestellung eines Besitzlosenpfandrechts mit dem Grundsatz des numerus clausus der Sachenrechte vereinbar ist, wird entweder mit dem Hinweis abgetan, daß das Gesetz ein Verbot derartiger verschleierter Pfandbestellungen nicht kenne (4) oder daß kraft Gewohnheitsrecht die Durchbrechung des numerus clausus durch die Sicherungsübertragung anerkannt sei (5). Der ausschließliche Katalog der dinglichen Rechte könne nicht eine den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechende Rechtsentwicklung verbieten.

Nach der Auffassung anderer Autoren soll es sich bei der Sicherungsübertragung um ein besitzloses Wertrecht eigener Art handeln. Sie nehme innerhalb der Wertrechte eine selbstän-

---

1) Münzel MDR 1951,130; er macht der Wissenschaft den Vorwurf, "den Wolf, der in einem Schafspelz stecke, für ein Schaf zu halten, weil er einen Schafspelz trage" aaO. S.129; ebenso derselbe MDR 1959,345.
2) Jäger-Lent § 43 Anm.39
3) Blomeyer, Studien II 258; Flume Allg.Teil 70,82; Julius von Gierke 128,200; Lehmann 34; G. und D. Reinicke MDR 1951,334; Stein-Jonas-Pohle-Münzberg § 771 Anm. II 1 a; Walsmann ZZP 54, 478; ebenso Esser 503 in der 2.Auflage seines Lehrbuchs, diese Ansicht wird von ihm in der 3.Auflage des Lehrbuchs offenbar aufgegeben, vgl. II 64 Anm.9
4) Walsmann, Verzicht 223
5) Boehmer 148; Kernert 52; Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962,49

dige Stellung neben der Pfandhaftung ein. Sie diene wie das Pfandrecht der Kreditsicherheit, sei aber anders als dieses nicht mittels Akzessorietät an die gesicherte Forderung gebunden. Der Sicherungsgegenstand gehöre als wertbelasteter noch zum Vermögen des Sicherungsgebers (1).

Die Vertreter der These, daß ein beschränkt dingliches Recht gegeben sei, sehen sich in ihrer Auffassung darin bestärkt, daß dem Sicherungseigentümer im Konkurs des Sicherungsgebers nur das Recht auf abgesonderte Befriedigung zugebilligt wird (2), während umgekehrt dem Sicherungsgeber das Aussonderungsrecht im Konkurse des Sicherungseigentümers (3) und die Drittwiderspruchsklage gegen Zwangsvollstreckungen der Gläubiger des Sicherungsnehmers zusteht (4). Nach Ansicht dieser Autoren seien diese Ergebnisse und Begründungen nur dadurch zu erklären, daß man die Sicherungsübereignung als ein wegen der Forderung bestelltes Wertrecht ansehe (5). Erst im Konkurse als dem "großen Offenbarer des wirklichen Rechtsgehalts" zeige sich dann der große Unterschied in der Wertung, daß die Sicherungsübereignung kein wahres und volles Eigentum sei (6). Konsequenterweise wird auch dem Sicherungsnehmer nicht die Widerspruchsklage, sondern gemäß § 805 ZPO nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zugebilligt (7).

Gegen die These, daß bei Übertragung eines Rechts zur Sicherheit lediglich ein Pfandrecht oder sonstiges Wertrecht begründet werde, ist zunächst einzuwenden, daß der Wille der Parteien darauf gerichtet ist, das Vollrecht zu übertragen (8). Die Parteien wählen die Form der Vollrechtsübertragung gerade deshalb, weil sie Gründe haben, eine Pfandbestellung nicht zu

---

1) Bley-Mohrbutter § 26 Anm.36; Jaeger-Lent § 43 Anm.39 und § 48 Anm.13; Kernert 51 ff.
2) RGZ 24,45; 124,75; Jäger-Lent § 48 Anm.13
3) RGZ 45,80; 79,122; Jäger-Lent § 43 Anm.39
4) RGZ 79,121 ff.; 91,12,14; 153,366,369
5) Schwister JW 1931,1163; Kernert 52
6) Münzel MDR 1951,130
7) Schwister aaO.; Stein-Jonas-Pohle-Münzberg § 771 Anm.II 1a; Wieczorek § 771 Anm. B IV a 2
8) Enneccerus-Nipperdey II § 148 II b β S.925; Littmann 53; Marck 97

wollen [1]. Die gegenteilige Auffassung ist durch nichts gerechtfertigt. Die Parteien wissen sehr wohl, daß der von ihnen erstrebte wirtschaftliche Zweck nur und auf keinem anderen Wege erreichbar ist als auf dem der Übertragung des Eigentums. Sind sie sich der Unwirksamkeit einer ohne körperliche Übergabe vereinbarten Pfändung bewußt, so ist nicht erfindlich, wie dessenungeachtet ihr Wille darauf hätte gerichtet sein können, ein Pfandrecht trotz Fehlens jenes Erfordernisses, sei es verschleiert, sei es offen zur Existenz zu bringen [2]. Also nehmen die Parteien allen Ernstes eine Eigentumsübertragung vor. Sollte dennoch der ernstliche Übereignungswille fehlen, so läge ein Scheingeschäft vor, das nach § 117 BGB ohne rechtliche Wirksamkeit wäre [3].

Es ist ferner unrichtig, wenn gesagt wird, das Sicherungseigentum sei wirtschaftlich ein Pfandrecht. Das mit der Sicherungsübertragung verfolgte wirtschaftliche Ziel ist nicht Kreditsicherung schlechthin, sondern Sicherung unter Belassung des Schuldners im unmittelbaren Besitz des Sicherungsgutes [4]. Umgekehrt muß der Sicherungsgeber das außerordentliche Maß an Rechtsmacht dem Gläubiger einräumen, um den Kredit zu erhalten.

Heinrich Lange [5] weist zu Recht darauf hin, daß die Sicherungsübertragung andere wirtschaftliche Zwecke verfolgt als das Pfandrecht. Das Pfandrecht des BGB sei "typisch Einzelpfandrecht an entbehrlichen Gegenständen zur Sicherung eines kurzfristigen Kredits", die Sicherungsübereignung "typisch Gesamtübertragung zur Sicherung eines länger dauernden Kreditverhältnisses" [6].

Bei einem langfristigen Kredit liegt es auch im Interesse des Kreditgebers, daß der Schuldner die Möglichkeit behält, das Sicherungsgut zu nutzen. Weil aber wegen des andauernden Besitzes des Sicherungsgebers Pfändungen anderer Gläubiger bei

---

1) Leist 69; Salinger 425
2) RGZ 62,126,130; Luetgebrune 19 f.
3) RGZ 57,177 ff.; Littmann 53; Ritter 28
4) Littmann 55
5) NJW 1950,570
6) ebenso Larenz, Methodenlehre 307

ihm möglich sind, bedarf der Sicherungsnehmer dagegen des Schutzes gemäß § 771 ZPO. Damit hat die Sicherungsübertragung neben der Kreditsicherung noch eine weitere Funktion, nämlich das Schuldnervermögen vor besonders schädlichen, die mit der Kreditaufnahme verfolgte Planung unnötig störenden Vollstreckungszugriffen zu schützen (1). Würde lediglich die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gewährt - wie dies von den oben erwähnten Autoren befürwortet wird -, so wäre dem Sicherungsnehmer nicht gedient. Auf diesem Wege würde das Kreditverhältnis vorzeitig aufgelöst, wodurch dem Schuldner unter Umständen die Möglichkeit genommen würde, durch Fortführung seines Betriebes die Geldmittel zur Rückzahlung des Kredits zu erwirtschaften (2). Dieser Gesichtspunkt greift im Konkurs dagegen nicht durch. Dort dient der Vermögensbestand nur mehr als Haftungsmasse, und der Schutz vor Vollstreckungszugriffen entfällt (3). Aus diesem Grunde ist die unterschiedliche Behandlung der Sicherungsübertragung bei Zwangsvollstreckung und Konkurs gerechtfertigt.

So wie der Sicherungsgeber vor der Verwertungsreife rechtlich besser steht, so steht er danach schlechter als beim Pfandrecht. Wenn der Sicherungsvertrag nichts abweichendes bestimmt, so kann der Sicherungsnehmer beanspruchen, wesentlich freier als ein Pfandgläubiger gestellt zu werden (4). Selbst wenn man dem Sicherungsnehmer nur pfandmäßige Verwertung zubilligt, so läßt sich dieses Ziel durch eine analoge Anwendung der Pfandrechtsvorschriften erreichen, ohne daß hierbei die Übertragung des Vollrechts in Frage gestellt zu werden braucht (5).

Durch Sicherungsübertragung des Eigentums oder eines sonstigen Rechts wird dem Gläubiger deshalb nicht nur ein beschränkt dingliches Verwertungsrecht gewährt, sondern das zweckgebundene Vollrecht (6). Es geht nicht an, der Sicherungsübertragung

---

1) Larenz aaO.; Paulus ZZP 64,177; Serick III 210; Staudinger-Berg § 929 RN.40
2) Heinrich Lange NJW 1950,569; Larenz aaO.
3) Paulus ZZP 64,178
4) Larenz, Methodenlehre 308
5) Heydegger 38 Anm.1
6) Wolff-Raiser § 179 III S.735

die Eigenschaft als Vollrechtsübertragung abzusprechen, nur weil sie in einigen Fällen wie ein Pfandrecht behandelt wird. Daß das Sicherungseigentum im Konkurse wie ein Pfandrecht behandelt wird, läßt nicht darauf schließen, daß es allgemein als Pfandrecht anzusehen ist (1).

2.) Bedingte Übertragung als Belastung?

Beim ersten Anschein mag es als Selbstverständlichkeit erscheinen, daß bei einer Rechtsübertragung unter auflösender Bedingung der Erwerber das Vollrecht erhält. Es ist aber zu berücksichtigen, daß die Wahrscheinlichkeit des späteren Bedingungseintritts das Recht des Erwerbers nur als ein möglicherweise zeitlich begrenztes erscheinen läßt. Diese Vorläufigkeit der Rechtsübertragung hat einige Autoren veranlaßt, einen Übergang des Vollrechts überhaupt in Frage zu stellen (2). Unter dem Namen "Eigentum" werde bei auflösend bedingter Veräußerung nicht die zeitlich unbeschränkte Herrschaft übertragen, welche sonst "Eigentum" heiße, sondern ein Recht, welches nur vorläufig die Befugnisse des Eigentums gewähre, jedoch der Gefahr des Rückfalls an den Veräußerer ausgesetzt sei. Die auflösend bedingte Veräußerung sei daher nicht translative, sondern konstitutive Rechtsübertragung. Mit Bedingungseintritt erlange der Veräußerer seine frühere Rechtsstellung wieder, ähnlich wie das Eigentum bei Wegfall eines belasteten Rechts seinen normalen Inhalt zurückerhalte (3).

Eine eingehende Begründung für diese Auffassung hat lediglich Blomeyer in seinen "Studien zur Bedingungslehre" gegeben. Er geht hier von der aufschiebend befristeten Forderung aus und gelangt zu dem Ergebnis, daß die Anwartschaft eines Gläubigers aus befristeten Verpflichtungsgeschäften nicht anderes sei als das mit Geschäftsabschluß existente Forderungsrecht, dessen Geltendmachung hinausgeschoben sei (4). Die Rechtswirkungen

---

1) Im Ergebnis ebenso: BGHZ 12,234; Bötticher MDR 1950,705; Wobbe 44
2) Blomeyer, Studien II 127 ff.,167; derselbe AcP 153,248; Henke 118; von Tuhr II,2 312 Anm.133
3) von Tuhr II,2 312 Anm.133
4) Blomeyer, Studien I 14,22 f.,31

bei aufschiebend befristeter Forderung entsprächen denen bei der betagten Forderung. Es bestehe daher kein Unterschied zwischen dem aufgeschobenen Rechtserwerb und der aufgeschobenen Geltendmachung des Rechts. Die Gebundenheit des Schuldners vor dem Termin sei keine Vorwirkung, sondern eine Vorbereitungspflicht, die aus dem bereits entstandenen Recht erwachse.

Blomeyer führt sodann aus, daß entsprechend beim aufschiebend bedingten Verpflichtungsgeschäft die Rechtswirkungen schon mit dessen Vornahme eintreten. Schon ab diesem Zeitpunkt bestehe eine Forderung auf Leistung bei Bedingungseintritt. Der Unterschied zum befristeten Geschäft liege nur darin, daß die Existenz der bedingten Forderung zeitweilig nicht sicher festgestellt werden könne (1). Der Bedingungseintritt mache den bereits vorher eingetretenen Rechtserfolg offenbar. Die Rechtsfolgen, welche die erst mit Bedingungseintritt erwachsende Forderung gegen pflichtwidrige Verletzung des Schuldners schon in der Schwebezeit sichern sollen (§ 160 Abs.1 BGB), seien eine Hauptwirkung des bereits bei Vornahme des Rechtsgeschäfts entstandenen Rechts.

Beim befristeten Verfügungsgeschäft setzt Blomeyer ebenfalls das Vollrecht an die Stelle der Berechtigung, die man herkömmlicherweise als Anwartschaftsrecht bezeichnet, während man umgekehrt nur beschränkt dingliche Rechte anzunehmen habe, wo allgemein vom Eigentum oder Forderungsrecht gesprochen wird. In Anlehnung an Pflüger (2) geht Blomeyer von einem Begriff des Eigentums aus, das er als das "vererbliche, überlebenslängliche, das ewige Recht" an einer Sache bezeichnet, im Gegensatz zu den in ihrer Dauer begrenzten beschränkt dinglichen Rechten. Dadurch daß er die zeitliche Dauer des Rechts zum Unterscheidungsmerkmal zwischen Eigentum und beschränkt dinglichen Rechten macht, kommt er zu dem Ergebnis, daß der "Eigentümer auf Zeit" nicht Eigentümer, sondern nur Inhaber einer Eigentumsbelastung sein könne (3).

---

1) Studien I 48 und in Rabel-Festschrift I 308
2) AcP 78,398
3) Blomeyer, Studien II 127,140,165; derselbe AcP 153,245f.; derselbe AcP 162,196

Bei auflösend befristeter Übereignung geschehe die Teilung des Gesamtrechts derart, daß das zeitlich beschränkte Recht des bis zum Termin Berechtigten eine Belastung und das Recht des Veräußerers das belastete Eigentum sei [1]. Bei dieser Betrachtung erübrige sich der ipso-iure-Übergang zum Termin, eine "Verlegenheit", in die die herrschende Lehre kommen müsse [2]. Das Gesetz habe selbst in den §§ 158,161,163 BGB den numerus clausus der Sachenrechte erweitert und ungewollt eine neue Kategorie von Rechten geschaffen, die eigentlich in das 3. Buch des BGB gehöre: dem bis zum Termin Berechtigten stehe nur ein Dispositionsnießbrauch zu [3].

Das gelte nicht nur bei der befristeten Übertragung des Eigentums, sondern auch bei sonstigen Rechten: Auch hier enthalte das Anwartschaftsrecht des Erwerbers bereits die Substanz des übertragenen Rechts selbst [4].

Diese Auffassung, die Blomeyer auf die in § 161 BGB angeordneten Wirkungen stützt, läßt er schließlich auch im Bereich der bedingten Verfügungsgeschäfte gelten und kehrt den Grundsatz des § 158 BGB ausdrücklich um [5]. Die bedingte Verfügung unterscheide sich von der befristeten nur in der Unbekanntheit des zukünftigen Bedingungseintritts. Angesichts des gleichen Schutzes sei die Folgerung auch bei bedingter Verfügung zu ziehen, daß der Erwerber bei aufschiebend bedingter Verfügung vom Verfügungsgeschäft ab das Recht erwerbe, falls die Bedingung eintrete. Dieser Übergang bleibe jedoch bis zum Bedingungseintritt unbekannt.

Bei dem hier interessierenden Fall der auflösend bedingten Verfügung ist nach Auffassung Blomeyers im Falle des Bedingungseintritts der Veräußerer von Anfang an Substanzberechtigter gewesen. Das Recht, über das verfügt werde, stehe in seiner Substanz je nach Eintritt oder Ausfall der Bedingung

---

1) Blomeyer, Studien II 140
2) Blomeyer AcP 162,197
3) Blomeyer, Studien II 149 und 165; derselbe AcP 153,246; derselbe AcP 162,197; zustimmend Martens NJW 1962,1851
4) Blomeyer, Studien II 141
5) Studien II 166 ff.

dem Vertragsteil zu, der es endgültig erwirbt oder behält. Welche Alternative zutreffe, zeige erst der Bedingungseintritt. Lediglich die Wirkung der Verfügung auf die von der Substanz des Rechts abtrennbaren Nebenrechte für die Schwebezeit entscheide das Bürgerliche Gesetzbuch unabhängig vom Eintritt oder Ausfall der Bedingung.

Dadurch daß Blomeyer das Vollrecht dem zuspricht, der es endgültig erwirbt, vermeidet er den Übergang bei Bedingungseintritt. Diesen von der herrschenden Lehre konstruierten Übergang bezeichnet er als ein "Mirakel", das aus unserem Rechtssystem völlig herausfalle. Für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung ergäbe sich bei Anwendung dieser Grundsätze, daß je nachdem, ob der Schuldner die gesicherte Forderung tilgt oder nicht, das Sicherungsgut schon vom Zeitpunkt der Vornahme des Verfügungsgeschäfts an dem Sicherungsgeber oder dem Sicherungsnehmer zustände. Es ließe sich daher vor Eintritt oder Ausfall der Bedingung nicht entscheiden, wer Inhaber des Vollrechts ist (1).

Im Interesse des Rechtsverkehrs erscheint es aber erforderlich, auch schon während der Schwebezeit den Vollrechtsinhaber zu bezeichnen. Als Lösung schlägt Blomeyer vor, daß man das Recht einem der beiden Teile zuspreche, gleichzeitig aber die Möglichkeit der entgegengesetzten Rechtslage in einer Belastung des Rechts zugunsten des anderen Teils berücksichtige (2). Damit stehe auf Zeit der Zuerkennung des Rechts an einen Teil die Möglichkeit gegenüber, daß in Wirklichkeit der andere Teil das Recht habe. Dabei erscheine es "sinnvoll", denjenigen als Eigentümer zu bezeichnen, der es bei vertragsgemäßer Abwicklung bleibe oder werde. Die schuldrechtlichen Vertragsbeziehungen sollen demnach darüber entscheiden, wer während der Schwebezeit als Eigentümer bezeichnet wird.

Da nun aber das mögliche Eigentum des anderen Teils bereits während des Schwebens der Bedingung als existentes Sachenrecht bestimmt werden soll, ist nach Blomeyers Auffassung diesem

---

1) ebenso Spark 66
2) Studien II 172 f.

anderen Teil ein Pfandrecht zuzusprechen. Blomeyer macht es sich zur Aufgabe, die Verwandtschaft zwischen bedingter Übereignung und Pfandrecht nachzuweisen und nennt als Beispiel für sie das Pfandrecht an einer Geldsumme (1).

Am Rechtsinstitut des Vorbehaltseigentums versucht Blomeyer, die Richtigkeit seiner Ausführungen nachzuweisen. Nach dem Kausalgeschäft solle der Käufer die Sache endgültig erwerben, wenn er seinen Vertragspflichten nachkomme. Es sei deshalb sachgemäß, den Käufer schon von der Übergabe an als Eigentümer und den Verkäufer als Inhaber eines - besonders ausgestalteten - Pfandrechts zu bezeichnen. Bei Kaufpreiszahlung erlösche die Eigentumsbelastung, während bei endgültiger Nichtzahlung Verfall eintrete (2).

Die Folgerung, daß dementsprechend bei der auflösend bedingten Sicherungsübereignung dem Sicherungsnehmer lediglich ein Pfandrecht zustehe, hat Blomeyer nicht ausdrücklich gezogen. Sie läßt sich jedoch aus dem Sinn seiner Ausführungen herleiten. Nach seiner Ansicht erhält derjenige, der durch bedingtes Eigentum für eine Geldforderung gesichert wird, nicht das Eigentum sondern ein beschränkt dingliches Recht. Umgekehrt belaste der Sicherungsgeber sein Eigentum durch die bedingte Übereignung mit diesem Recht (3). Diese von ihm für den Eigentumsvorbehalt aufgestellte These müßte entsprechend auf die auflösend bedingte Sicherungsübereignung Anwendung finden.

Diese Konsequenz wird von Henke (4) gezogen. Er spricht auch bei der auflösend bedingten Sicherungsübertragung demjenigen das Recht zu, der nach dem Grundgeschäft sein Träger

---

1) Studien II 174 ff.
2) Blomeyer: Studien II,220,228,269,275; NJW 1951,548; AcP 153,249; JZ 1955,7; JZ 1956,416; AcP 162,200, - Die Ansicht, daß dem Verkäufer beim Eigentumsvorbehalt lediglich ein besitzloses Verfallpfandrecht zustehe, während der Käufer schon die volle Eigentümerstellung innehabe, findet sich auch bei Hartwig LeipzZ 1933,575; Henke 50 f.; Martens NJW 1962, 1851; Münzel MDR 1951,130; derselbe MDR 1959,345; Walsmann, Verzicht 222; Wieacker 592
3) Blomeyer AcP 162,200
4) Seite 51

bleiben oder wieder werden solle, also dem Sicherungsgeber. Er räumt dem Sicherungsnehmer nur eine Rechtsmacht ein, die in ihrer Dauer und ihrem Zweck begrenzt ist.

Blomeyers Ausführungen ist schon im Ausgangspunkt nicht zuzustimmen. Zunächst einmal ist es nicht unbedenklich, daß er vom befristeten Rechtsgeschäft ausgeht und daraus Rückschlüsse auf das bedingte zieht (1). Wenn auch § 163 BGB für beide Arten dieselben Rechtsfolgen anordnet, so unterscheiden sich doch die Sachverhalte nicht unwesentlich voneinander. Die rechtliche Bewertung hat aber von den Sachverhalten und weniger von den Rechtsfolgen auszugehen (2). Deshalb erscheint es richtiger, der Systematik des BGB zu folgen und von der Untersuchung des bedingten Rechtsgeschäfts auszugehen.

Mit seiner Ansicht, daß beim bedingten Verpflichtungsgeschäft der Bedingungseintritt lediglich den bereits vorher eingetretenen Rechtserfolg offenbare, übernimmt Blomeyer die bereits für das gemeine Recht von einzelnen Autoren vertretene Pendenztheorie (3). Die vom Gesetz aufgestellten Zwischenwirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts, welche die Rechtswirkung bei Bedingungseintritt gewährleisten (§§ 160,161 BGB), faßt diese Theorie nicht als Vorwirkungen auf, sondern man rechnet sie zu den Wirkungen des bereits endgültig entstandenen Rechts. Für Enneccerus erschien diese Theorie als logisches Hilfsmittel notwendig, da er davon ausging, daß die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts nur im Moment der Vornahme desselben eintreten könnten (Prinzip der Simultanität des Abschlusses und der Wirkungen des Geschäfts) (4). Um dieses Prinzip mit der Abhängigkeit der Wirkung von der Bedingung zu vereinen, nimmt er an, daß der bedingte Vertrag sofort eine pendente Obligation erzeuge. "Wenn die Bedingung eintritt, wird klar, daß die Obligation von Anfang an vorhanden gewesen ist; tritt die Bedingung nicht ein, so zeigt sich, daß nie eine Obligation vorhanden war."

---

1) Pohle 741
2) Pohle aaO.
3) Enneccerus 249,335 f.; Karlowa 11,14
4) Enneccerus 220 f.

Gegen diese Theorie ist einzuwenden, daß das Recht dem Bedingungseintritt nicht bloß deklaratorische, sondern konstitutive Bedeutung beimißt. Wäre die Existenz des Geschäfts objektiv ungewiß, dann würde auch späteres Offenbarwerden wenig nützen, da eben nur offenbar werden könnte, daß die Existenz zunächst ungewiß gewesen ist. Das Offenbarwerden müßte also zugleich die frühere Ungewißheit rückwirkend in Gewißheit umwandeln, was unmöglich wäre, "da ein post factum das ante actum an sich überall nicht mehr umzugestalten vermag" (1).

Gegen diese Pendenztheorie spricht auch der klare Wortlaut der §§ 158,159 BGB. Danach hat das Ergebnis, welches durch den Eintritt der Bedingung entsteht, erst in dem Zeitpunkt als eingetreten zu gelten, in dem die Bedingung sich erfüllt hat, und nicht bereits im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses (2). Andernfalls wäre § 159 BGB völlig unverständlich, denn er würde den Beteiligten Pflichten auferlegen, die sich nicht erfüllen könnten, da die Folgen schon kraft Gesetzes unmittelbar eingetreten wären (3).

Zur Erklärung der in § 160 BGB angeordneten Rechtswirkungen erscheint es nicht erforderlich, den Rechtserwerb auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorzuverlegen. Infolge des bedingten Rechtsgeschäfts tritt nach § 160 BGB und zwar sofort nach seiner Vornahme eine Minderung des rechtlichen Dürfens auf seiten des bedingt Verpflichteten ein. Der bedingt Verpflichtete darf keine Handlungen vornehmen, die im Falle des Eintritts der Bedingung das Recht vereiteln oder beeinträchtigen würden.

Der Schadensersatzanspruch des bedingt Berechtigten besteht jedoch nur und erst mit dem Eintritt der Bedingung. Sinn der Regelung des § 160 BGB ist es nicht, schon vor Eintritt der Bedingung eine Berechtigung des bedingt Berechtigten hinsicht-

---

1) Bekker 308; ebenfalls gegen die Pendenztheorie: Genzmer, ArchfRechtsphil. 16,416; Oertmann, Rechtsbedingung 19 f.,123; Hellwig, Rückziehung 28; Bierling 238 N.17
2) Vgl. auch RGZ 59,367,371; 77,190; Palandt-Danckelmann/Heinrichs § 158 Anm.1; RGRK-BGB-Kuhn § 159 Anm.
3) Georgiades 175

lich des zu erwerbenden Rechts zu begründen. Es soll lediglich gewährleistet werden, daß für den bedingt Berechtigten im Falle des Eintritts der Bedingung auch der vorgesehene Rechtserwerb eintritt.(1).

Auch die Ausführungen Blomeyers, daß das Eigentum notwendig das "ewige Recht" sei, vermögen nicht zu überzeugen. Unser Gesetz kennt nicht das Moment der Dauer des Rechts als Abgrenzungsmerkmal zwischen Eigentum und beschränkt dinglichen Rechten. Man unterscheidet bekanntlich Bestand eines Rechts und Zuständigkeit desselben. Offenbar geht Pflüger vom Bestand des Eigentums als solchem aus, wenn er es als das Wesen des Eigentums bezeichnet, so lange zu dauern, als sein Gegenstand besteht (2). Ist das Eigentum aber ein "ewiges Recht", so müßte es auch für die Zeit der Herrenlosigkeit fortdauern. Das Eigentum müßte bestehen können, ohne einem Subjekt zuzugehören; man müßte daher die Existenz eines "subjektlosen Rechtes" anerkennen (3). Es gehört jedoch zum Begriff des subjektiven Rechts, daß es an eine bestimmte Person geknüpft ist. Während der Zeit der Herrenlosigkeit besteht daher kein Eigentum, und somit gehört es nicht zum Wesen des Eigentums, ein ewiges Recht zu sein.

Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, daß bei originärem Eigentumserwerb der später Berechtigte sein Recht nicht von demjenigen des früheren ableitet. Vielmehr erwirbt er ein völlig neues Recht, das mit dem Bestande des früheren Rechts nichts mehr gemeinsam hat (3).

Im übrigen könnte man mit gleicher Berechtigung die Grunddienstbarkeiten als "ewige Rechte" bezeichnen. Auch diesen wohnt nicht das Moment einer zeitlichen Beschränkung inne. Pflüger geht der Problematik einer Abgrenzung zwischen Eigentum und Grunddienstbarkeit dadurch aus dem Wege, daß er das ewige Recht an der Servitut ebenfalls als Eigentum bezeichnet (4). Damit setzt er ein beschränkt dingliches Recht dem

---

1) Flume, Allg.Teil 702,707
2) AcP 78,398
3) Fuchs ArchbürgR 34,376 f.
4) AcP 78,418

dinglichen Vollrecht gleich.

Aber auch wenn man die Rechtszuständigkeit betrachtet, ist festzustellen, daß das Gesetz auch dort noch Eigentum zuerkennt, wo bereits wahrscheinlich ist oder feststeht, daß das Recht binnen kurzer Zeit entfällt oder auf einen anderen Rechtsträger übergeht.

Da die Lebensdauer der Rechtsinhaber nicht mit dem Dasein der Sache verknüpft ist, besteht überhaupt nur eine zeitlich begrenzte Rechtszuständigkeit des Eigentümers. Außerdem geht unsere Rechtsordnung von der Übertragbarkeit des Eigentums aus. Wenn aber die zeitlich begrenzte Zuständigkeit eines Rechtssubjekts als Inhaber eines an sich ewigen Rechts anerkannt ist, so ist nicht einzusehen, inwiefern der mögliche Zuständigkeitswechsel zwischen den verschiedenen Personen auf einen bestimmten Zeitpunkt festgelegt werden sollte (1). Ebenso wie die Beteiligten darüber bestimmen können, ob sie überhaupt das Recht übertragen, so können sie auch über den Zeitpunkt disponieren. Sie sind nicht darauf angewiesen, das Eigentum zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts übergehen zu lassen, sondern können den Zeitpunkt noch hinausschieben (Keine Simultanität des Abschlusses und der Wirkungen des Geschäfts).

Raiser (2) weist zu Recht darauf hin, daß Sacheigentum nicht nur als Herrschaftsbeziehung zwischen jeweils und ausschließlich einer Person und der Sache zu denken ist. In Wahrheit lassen sich die Beziehungen unter Mehrere aufteilen, sei es in den Formen des Miteigentums, sei es als funktionelle Teilung zwischen Ober- und Untereigentümer oder sei es zeitlich zwischen "Vor-" und "Nach-"Eigentümer. Die zeitlich begrenzte Rechtszuständigkeit einer Person vermag daher nicht den Charakter des Eigentumsrechts zu verändern (3).

---

1) Pohle 740
2) Dingl.Anwartschaften 53
3) ebenso Herboth 86

Ebenso wenig wie beim bedingten Verpflichtungsgeschäft die Obligation von Anfang an besteht, tritt beim bedingten Verfügungsgeschäft der Rechtserwerb schon mit Abschluß des Rechtsgeschäfts ein. Selbst Enneccerus, der ein Vertreter der Pendenztheorie ist, geht davon aus, daß die bedingte Tradition Eigentum erst im Moment des Eintritts der Bedingung übertrage [1]. Die Wirkungen einer aufschiebend bedingten Veräußerung treten vielmehr nach § 158 Abs.1 BGB nur und erst im Falle des Eintritts der Bedingung ein. Die gegenteilige Auffassung ist mit dem geltenden Recht unvereinbar [2]. Zudem werden die Willenserklärungen der Beteiligten in ihr Gegenteil verkehrt.

Logische Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß alle Tatbestandselemente für den Eintritt der Rechtsfolge gleichwertig sind. Es läßt sich daher schon bei einer rein formalen Betrachtungsweise feststellen, daß vor Bedingungseintritt von irgendwelchem Eigentum in der Person des bedingt Berechtigten nicht die Rede sein kann [3]. Andernfalls würde der Bedingungseintritt nur als ein unwesentliches Tatbestandselement gewertet und dadurch die "Entstehungsgrenze des Vollrechts" verlegt [4]. Diese Vorverlegung müßte sich auf den Inhalt des Vollrechts auswirken: es würde ärmer an Wirkungen werden, als es das bisherige Vollrecht war.

Auch beim bedingten Verfügungsgeschäft lassen sich die sog. Vorwirkungen gemäß § 161 BGB rechtlich erfassen, ohne daß dem bedingt Berechtigten schon vom Abschluß des Rechtsgeschäfts an das Vollrecht zuerkannt wird. Das Unwirksamwerden der Zwischenverfügungen beruht auf einer Verfügungsbeschränkung dessen, der bis zum Bedingungseintritt berechtigt sein soll [5]. Der

---

1) Seite 467
2) ebenso: BGHZ 10,69,72; Bauknecht NJW 1955,1254; Enneccerus-Nipperdey I § 82 II 4 S.476 FN.16; Pohle 740; Raiser, Dingl. Anwartschaften 52; Zunft NJW 1956,1422. Selbst Henke 105 erkennt an, daß das Vollrecht erst bei Bedingungseintritt übergeht.
3) Georgiades 100
4) Forkel 66
5) Flume, Allg.Teil 703,705; Fuchs ArchbürgR 34,399; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anhang 44; Strohal 158; von Tuhr II,2 300 Anm.59; zweifelnd Pohle 743 f.

Zwischenberechtigte kann keine Verfügung mehr treffen, die im Falle des Bedingungseintritts Bestand hätte, wenn sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Auch hier soll lediglich der Rechtserwerb bei Bedingungseintritt gewährleistet werden, ohne daß eine Berechtigung des bedingt Berechtigten bezüglich des zu erwerbenden Rechts begründet werden soll.

Da die Rechtsstellung des Rückerwerbsberechtigten in §§ 158 Abs.2, 160 Abs.2, 161 Abs.2 BGB wörtlich ebenso geregelt ist wie die Rechtsstellung des Erwerbers bei aufschiebend bedingter Veräußerung, steht auch dem Rückerwerber das Vollrecht nicht vor Bedingungseintritt zu. Wenn Blomeyer dem Rückerwerber im Falle des Bedingungseintritts auch schon während der Schwebezeit das Vollrecht zuerkennt, so handelt es sich um eine Korrektur der von den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen. Der Veräußerer will mindestens für die Schwebezeit das Vollrecht übertragen und der Erwerber will es für dieselbe Zeit erhalten. Wenn man die Rechtsstellung des Rückerwerbers verstärken will, so ist dem entgegenzuhalten, daß es die Parteien selbst in der Hand gehabt haben, durch Nebenabreden den Veräußerer stärker zu sichern.

Überhaupt beurteilt Blomeyer die gesamte Rechtslage zu sehr ex post, nämlich vom Zustand bei Eintritt der Bedingung her (1). Ob der Veräußerer jemals wieder vollberechtigt wird, steht jedenfalls während der Schwebezeit noch dahin. Wenn Blomeyer es als "Mirakel" empfindet, wenn das unter auflösender Bedingung übertragene Recht bei Bedingungseintritt auf den Veräußerer zurückfällt, so ist dem entgegenzuhalten, daß ein automatischer Rechtsübergang überall eintritt, wo ein Rechtsübergang kraft Gesetzes stattfindet (2). Wenn man Blomeyers Ansicht folgt und den Zwischenberechtigten als Pfandgläubiger bezeichnet, so findet ein mindestens ebensolches Mirakel statt, wenn bei Bedingungsausfall das Pfandrecht des Zwischenberechtigten sich in Volleigentum verwandelt. Blomeyers Konstruktion ver-

---

1) Staudinger-Coing Vorb.21 vor § 158
2) Raiser, Dingl. Anwartschaften 64

mag deshalb die Schwierigkeiten für das geltende Recht nicht zu lösen, sondern nur zu verlagern [1].

Dagegen ist der von Georgiades [2] vorgebrachte Einwand nicht stichhaltig, ein besitzloses Verfallpfandrecht in dieser Gestaltung sei im BGB nicht vorgesehen und könne auch wegen des numerus clausus dinglicher Rechte nicht durch Parteivereinbarung geschaffen werden [3]. Blomeyer geht eben davon aus, daß das BGB selbst in den Vorschriften über Bedingung und Befristung ein Sachenrecht geschaffen habe, das eigentlich in das 3. Buch gehöre. Dieses zeitlich begrenzte Eigentum sei ein Recht an fremder Sache. Das Vorbehaltseigentum und dementsprechend das Eigentum des auflösend bedingt Berechtigten lasse sich nach seiner Meinung eben nicht in das System der Pfandrechtsvorschriften einordnen [4].

Jedoch spricht ein anderes Argument gegen die Zuerkennung eines besitzlosen Pfandrechts an den auflösend bedingt Berechtigten. Blomeyer schlägt vor, daß derjenige Teil als Eigentümer während der Schwebezeit bezeichnet werden solle, der es bei vertragsgemäßer Abwicklung bleibe und werde. Dementsprechend sieht auch Henke [5] gewissermaßen das Übergewicht auch schon vor Tilgung der gesicherten Forderung auf seiten des Sicherungsgebers, so daß er ihm das Eigentum, nur belastet mit einem Verfallpfandrecht zuerkennt. Bei einer Verfügung unter einer rein kasuellen Bedingung ließe sich jedoch ein solches Übergewicht nicht feststellen. Hier wäre kein Grund dafür ersichtlich, den Rückerwerber bereits pendente condicione als Inhaber des Rechts zu behandeln, wenn er es eben erst mit Bedingungseintritt werden soll [6]. Man müßte also, wenn man der These Blomeyers folgen wollte, die bedingten Verfügungsgeschäfte, die eine Sicherung zum Zwecke haben, aus der allgemeinen Regelung des bedingten Rechtsgeschäfts herausnehmen.

---

1) Ohr MDR 1954,344
2) Seite 175
3) ebenso Raiser, Dingliche Anwartschaften 52; Serick I 207
4) Blomeyer AcP 153,246 und AcP 162,199 Anm. 24
5) Seite 51
6) Flume AcP 161,389 und Allg. Teil 706

Dies widerspräche aber der Regelung des Gesetzes, das das bedingte Rechtsgeschäft als einheitliche Rechtsfigur behandelt. Die einheitliche Regelung hat demgegenüber den Vorteil der Einfachheit; sie vermeidet zugleich Abgrenzungsschwierigkeiten, die entstehen, wenn das bedingte Verfügungsgeschäft unterschiedlich geregelt werden würde (1) (2).

Damit ist die These abzulehnen, daß dem auflösend bedingt Berechtigten lediglich ein Pfandrecht zustehe. Der Erwerber soll nach den Vorstellungen der Parteien volles Eigentum erhalten. Es geht nicht an, dieses Eigentum, das seine institutionelle Prägung von der umfassenden Herrschaftsgewalt des Rechtsinhabers gefunden hat, denaturiert als ein Verfallpfandrecht zu qualifizieren, denn dies bedeutet einen "Systembruch" für die Rechtsordnung (3).

Zusammenfassend läßt sich daher sagen: weder die Tatsache, daß die Übertragung des Eigentums oder einer Forderung lediglich zur Sicherung einer Forderung dient, noch die Tatsache, daß sie unter auflösender Bedingung geschieht, können bewirken, daß dem Sicherungsgeber nur ein beschränkt dingliches Recht, etwa ein Pfandrecht, zusteht.

---

1) Georgiades 179; Flume, Allg. Teil 706
2) Schließlich läßt sich Blomeyers Lehre nicht mit dem geltenden Strafrecht in Einklang bringen. Da der Zwischenberechtigte bei auflösend bedingter Übereignung nach h.L. als Eigentümer der Sache gilt, kann sie der Sicherungsgeber unterschlagen (§ 246 StGB); umgekehrt begeht der Sicherungsnehmer keinen Diebstahl, wenn er sie in Zueignungsabsicht fortnimmt, sondern lediglich Pfandkehr (§ 289 StGB). Würde man dagegen Blomeyers Konstruktion folgen, so bestünde lediglich ein Schutz des Sicherungsgebers, denn der Sicherungsnehmer könnte als Pfandgläubiger die Sache stehlen oder unterschlagen. Aber das Verfallpfandrecht des Sicherungsnehmers wäre ungeschützt, da § 289 StGB nur die Wegnahme der Sache durch den Eigentümer unter Strafe stellt. Das Strafrecht kennt eben keinen Schutz des besitzlosen Vertragspfands, da auch dem BGB diese Rechtsfigur unbekannt ist. - Vgl. Blomeyer, Studien II, 273 f.; Enneccerus-Nipperdey I § 82 II 4 S.476 FN.16
3) Georgiades 179

II. Steht bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung beiden Parteien gemeinsam das Vollrecht zu?

Eine andere Auffassung in der Literatur geht davon aus, daß durch eine auflösend bedingte Eigentumsübertragung das Vollrecht des Veräußerers sofort und unmittelbar qualitativ verändert und in ein Schweberecht verwandelt werde, das notwendigerweise zwei Inhabern zustehen müsse (1). Durch die §§ 160 - 162 BGB werde die Rechtsmacht beider Parteien so verringert, daß man von keiner mehr behaupten könne, sie allein und nicht die andere sei grundsätzlich berechtigt, mit dem Gegenstand nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB). Beiden bedingten Eigentümern stehe das bedingte Eigentumsrecht in gleicher Weise zu. Je nachdem, ob die Bedingung eintrete oder ausfalle, erstarke das eine der bedingten Rechte aus sich heraus zu Volleigentum und dasjenige des anderen Teils falle weg oder umgekehrt. Das bedeute z.B. für die auflösend bedingte Sicherungsübereignung, daß bei Nichtzahlung das "auflösend bedingte Eigentum des Sicherungsnehmers sich in unbedingtes Eigentum verwandele" (2).

Imlau (3) lehnt den Begriff des Anwartschaftsrechts bei bedingter Verfügung ab, da das Geschäft schon mit vollzogener Verfügung komplett und juristisch voll wirksam sei. Im Gegensatz zu den Fällen der Anwartschaft bei befristeter Verfügung und nach der Auflassung komme beim bedingten Verfügungsgeschäft nach Ende der Schwebezeit kein Volleigentum vom bisher Berechtigten, der solches gar nicht mehr habe, auf den bedingt Berechtigten zu, sondern das dem letzteren bereits zustehende bedingte Eigentumsrecht erstarke bei Bedingungseintritt aus sich heraus zu Volleigentum.

Gegen diese Auffassung ist einzuwenden, daß sich die Vollwirkung der bedingten Übertragung erst mit Bedingungseintritt vollzieht. Bis zu diesem Zeitpunkt steht das Vollrecht dem Erwerber zu; d.h. bei der auflösend bedingten Sicherungsüber-

---

1) Imlau MDR 1961,194; Otto Lange NJW 1951,751; Letzgus 14; Raape 138; Wurmann 27
2) so Otto Lange aaO.
3) aaO.

tragung dem Sicherungsnehmer. Er behält grundsätzlich die dem Vollrechtsinhaber zustehenden Befugnisse (1). So ist er beispielsweise nicht gehindert, während der Schwebezeit eine anderweitige Verfügung vorzunehmen. Dabei handelt er als Berechtigter; sie bleibt im Falle des Bedingungsausfalls wirksam. Das gleiche gilt für solche Verfügungen, die im Falle des Bedingungseintritts die Wirkung der Bedingung weder vereiteln noch beeinträchtigen.

In Wahrheit ist also ein "bedingtes Eigentum" gar nicht möglich (2). Eigentum ist und bleibt Eigentum im Sinne des § 903 BGB. Auf dem Gebiete des Sachenrechts ist jede Willkür ausgeschlossen; daher kann der Inhalt der dinglichen Rechte durch Vertrag nicht geändert werden. Die Bedingung verändert die der Übereignungserklärung an sich zukommende Wirkung; sie beschränkt oder ändert jedoch nicht das Eigentum, auf das sich die Willenserklärung bezieht (3). Erst mit dem Bedingungseintritt wird das Eigentum dem bisherigen Eigentümer genommen und auf den bisher bedingt Berechtigten übertragen. Deshalb ist Imlaus Ansicht abzulehnen, daß es nach bedingter Verfügung kein Volleigentum mehr gebe. Das auflösend bedingte Eigentum des Sicherungsnehmers ist in seinem gegenwärtigen Inhalt nach Eigentum und mit diesem identisch (4). Es unterscheidet sich vom unbedingten Eigentum nicht in seinem Inhalt, sondern allein in der Möglichkeit einer zeitlichen Begrenzung. Bei Bedingungsausfall entfällt endgültig diese zeitliche Begrenzung. Eine Inhaltsänderung des Eigentums, etwa in Form einer "Verwandlung" des Eigentums, tritt nicht ein. Der Ansicht Otto Langes (5), daß bei Übernahme des Gegenstandes zum Schätzpreis eine Verwandlung des auflösend bedingten Eigentums in Volleigentum stattfinde, ist daher nicht zu folgen.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß durch auflösend bedingte Sicherungsübertragung allein der Sicherungsnehmer

---

1) Ascher NJW 1955,47
2) Georgiades 101
3) Holtz 25; Mormann 191; Serick I 210
4) Georgiades aaO.
5) aaO.

Eigentümer wird. Eine Aufspaltung des Eigentums in auflösend bedingtesauf seiten des Sicherungsnehmers und aufschiebend bedingtes auf seiten des Sicherungsgebers findet nicht statt. Das Eigentum kann nicht derart unter zwei Personen aufgeteilt werden, daß zunächst beide zusammen Eigentümer sind und mit Wegfall des einen Teilrechts das andere ohne weiteres zum Vollrecht wird. Das Verkehrsinteresse erfordert, daß ein Eigentümer feststellbar ist (1).

III. Das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers.

1.) Die Rechtsposition des bedingt Berechtigten.

Der Sicherungsgeber hat als bedingt Berechtigter schon während des Schwebens der Bedingung im Hinblick auf den mit Bedingungseintritt erfolgenden Rechtserwerb eine feste Rechtsposition. Abgesehen von den bereits oben (I und II) abgelehnten Auffassungen sieht man einhellig diese aus bedingtem Rechtserwerb hervorgehende Rechtsstellung als Anwartschaftsrecht an (2). Diese Rechtsposition ergibt sich daraus, daß das Rechtsgeschäft für denjenigen, von welchem der bedingt Berechtigte erwirbt, unwiderruflich ist und daß § 161 BGB jede weitere Verfügung im Falle des Bedingungseintritts unwirksam werden läßt, wenn und soweit der Rechtserwerb beeinträchtigt würde. Dabei begründet es keinen Unterschied, ob die Verfügung unter aufschiebender oder auflösender Bedingung geschieht, denn die Rechtsstellung des Veräußerers als Rückerwerbsberechtigten ist in §§ 158 Abs.2, 159, 160 Abs.2, 161 Abs.2 BGB wörtlich ebenso geregelt wie die Rechtsstellung des Erwerbsberechtigten bei einer aufschiebend bedingten Veräußerung. Deshalb ist mit der h.M. in Literatur und Rechtsprechung dem Sicherungsgeber bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung während der Schwebezeit ein Anwartschaftsrecht zuzusprechen (3).

---

1) Georgiades 103
2) Bauknecht NJW 1955,1251; Enneccerus-Nipperdey I § 82 II 4 S.475; Flume Allg.Teil 702; Forkel 86; Holtz 21; Strohal 153; von Tuhr II,2 296; Walsmann, Verzicht 142
3) so ausdrücklich für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung: OLG Saarbrücken JBl Saar 1964,184; LG München WM 1964, 1259; Baur 546; Boehmer 151; Derleder BB 1969,726 f.; Eichler

Hierin unterscheidet sich die Rechtsstellung des Sicherungsgebers bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung von der mit bloß schuldrechtlicher Rückübertragungsverpflichtung. Entgegen dieser Auffassung will Reich (1) die Stellung des Sicherungsgebers auch bei unbedingter Sicherungsübereignung nicht auf eine schuldrechtliche Beziehung beschränken. Er erkennt bei allen Formen der Sicherungsübereignung dem Sicherungsgeber ein dingliches Anwartschaftsrecht auf Rückerwerb des Sicherungsgutes zu. Er stützt diese Anwartschaftslehre darauf, daß die Rechtsstellung des Sicherungsgebers gewisse "quasidingliche Wirkungen" aufweise, die vor allem im Konkurs des Sicherungsnehmers und bei Vollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern des Sicherungsnehmers in das Sicherungsgut den zunächst nur schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch "verstärken". Dieser Anspruch stehe daher nicht einem schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch gleich, sondern schaffe bereits sachenrechtliche Zuordnungen. Der Sicherungszweck fordere, daß die überschießende Rechtsmacht des Sicherungsnehmers als Eigentümer vor der Verwertung durch eine sachenrechtliche Mitberechtigung des Sicherungsgebers am Sicherungsgut eingeschränkt werde.

Diese Theorie der quasidinglichen Rechtsstellung des Sicherungsgebers schließt aus der konkurs- und vollstreckungsrechtlichen Behandlung der Sicherungsübereignung durch die Praxis (2) auf eine Verdinglichung der Rechtsstellung des Sicherungsgebers. Hiergegen ist einzuwenden, daß unter der Geltung des Abstraktionsprinzips eine Verdinglichung schuldrechtlicher Ansprüche nicht statthaft sein kann (3). Aus der Tatsache, daß dem Sicherungsgeber ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Sicherungsnehmers und ein Interventionsrecht gegen Zwangsvollstreckungen der Gläubiger des Sicherungsnehmers zusteht, läßt

---

II,1 129; Letzgus 1; Palandt-Degenhart § 930 Anm.4 c; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.160 und 246 - betr. Sicherungsabtretung -; Schütz NJW 1957,1542; Serick I 54,59,241,251; ders. II 76,79,254; ders. III 226 f.,303,319, 398; Staudinger-Berg § 929 RN.39; Wolff-Raiser § 66 I 3 S.239; § 179 III S.735

1) AcP 169,264 ff.; ders. Sicherungsübereignung 94 ff.

2) Vgl. oben S.26

3) Heydegger 74

sich nicht die Schlußfolgerung ziehen, daß der Sicherungsgeber quasidingliche Rechtsmacht besitzt. Auch ein persönlicher Anspruch berechtigt, wenn er auf Herausgabe gerichtet ist, zur Aussonderung (1) bzw. zur Intervention (2). Die Ausstattung des Sicherungsgebers bei unbedingter Sicherungsübereignung mit quasidinglicher Rechtsmacht ist daher abzulehnen.

Dieser weitgefaßte Begriff des Anwartschaftsrechts begegnet außerdem einem konstruktiven Bedenken: Es fehlt bei unbedingter Sicherungsübertragung an den für ein Anwartschaftsrecht typischen Merkmalen, nämlich automatischem Rechtserwerb und Erwerbsschutz des Sicherungsgebers (3). Das Sicherungsgut fällt nach Schuldtilgung weder automatisch an den Sicherungsgeber zurück, noch ist dieser gegen treuwidrige Verfügungen des Sicherungsnehmers geschützt. Infolgedessen kann bei unbedingter Sicherungsübertragung von einer gesicherten Rechtsposition des Sicherungsgebers keine Rede sein.

Während aber die Literatur zum Anwartschaftsrecht des Käufers beim Eigentumsvorbehalt fast unübersehbar geworden ist (4), findet sich zum Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung keine spezielle Abhandlung. Sofern überhaupt auf die rechtliche Natur dieses Anwartschaftsrechts eingegangen wird, wird sie meist als Spiegelbild des Anwartschaftsrechts aus Vorbehaltskauf bezeichnet. Aus diesem Grunde wird regelmäßig auf eine gesonderte Erörterung verzichtet und auf die entsprechende Rechtslage beim Eigentumsvorbehalt verwiesen (5). Im folgenden soll untersucht werden, ob und inwieweit in der Tat die Anwartschaftsrechte beim Eigentumsvorbehalt und bei auflösend bedingter Sicherungsübereignung gleichartig ausgestaltet sind.

---

1) RGZ 63,308; Böhle-Stamschräder § 43 Anm.6; Jaeger-Lent § 43 Anm.5
2) RGZ 105,413 ff.; RG JW 1921,1246; Rosenberg 973; Stein-Jonas-Pohle-Münzberg § 771 Anm.II 1 c; Wieczorek § 771 Anm.B IV c 3
3) BGHZ 45,188 m.w.N.
4) Vgl. die Literaturhinweise bei Sponer 81 Anm.2 und 3
5) LG München WM 1964,1259; Blomeyer AcP 153,254; Georgiades 108; Mormann 187; Raiser, Dingl.Anwartschaften 67; Sponer 105

2.) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers.

a) Entstehung und Untergang

Das Anwartschaftsrecht beim Eigentumsvorbehalt entsteht mit Sachübergabe und bedingter Einigung; während bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung die Sachübergabe durch die Vereinbarung eines bedingten Besitzkonstituts ersetzt wird. Dies begründet jedoch keinen Unterschied, da in beiden Fällen der Entstehungstatbestand des Volleigentums selbst schon gegeben ist.

Es erlischt mit Eintritt oder Ausfall der Bedingung. Bei Bedingungseintritt entfalten sich die Vollwirkungen des Geschäfts [1]: der Anwartschaftsinhaber erhält das Eigentum.

Die h.L. beschreibt das äußere Erscheinungsbild des Anwartschaftsrechts als Stufe innerhalb eines schrittweisen Übergangs zum Vollrecht. Zur Entstehung eines subjektiven Rechtes bedarf es in aller Regel eines ganzen Komplexes von Tatbestandsvoraussetzungen, so daß der Rechtserwerb erst mit Vorliegen sämtlicher Tatbestandselemente und Wirksamkeitsvoraussetzungen vollzogen ist. Häufig weist dieser vielgliedrige Tatbestand die weitere Eigenart auf, daß seine Teile auch sukzessive verwirklicht werden können [2]. Die Vorstufen zum Recht werden oft bedeutungslos sein; nicht selten aber läßt die Rechtsordnung sofort eine Wirkung eintreten, kraft deren bei Hinzutreten der noch fehlenden Entstehungstatsachen das definitive Recht entsteht. Da aber der Begriff des Anwartschaftsrechts keine unabgegrenzte und damit seine praktische Verwendbarkeit in Frage stehende Ausweitung erfahren soll, beschränkt die herrschende Meinung ihn auf solche Sachverhalte, bei denen von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechtes schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere an der Erklärung des Rechts Beteilig-

1) Holtz 22
2) Bauknecht NJW 1955,1251; Blomeyer, Studien I 1 f.; Forkel 21; Raiser, Dingl.Anwartschaften 4; Sponer 35 ff; von Tuhr I 180

te nicht mehr durch einseitige Erklärungen oder durch Unterlassen einer Erklärung zu zerstören vermag [1]. Es wird demnach auf die rechtliche Sicherheit des Rechtserwerbs abgestellt [2].

Diese Auffassung vom Anwartschaftsrecht als Vorstufe zum Vollrecht auf dem Wege sukzessiver Tatbestandsverwirklichung ist für das Anwartschaftsrecht aus aufschiebend bedingter Übereignung, wie es beim Eigentumsvorbehalt vorkommt, weitgehend zutreffend. Bedingte Einigung und Übergabe liegen vor, als letzte Tatbestandsvoraussetzung fehlt noch der Bedingungseintritt, nämlich die Tilgung der Kaufpreisforderung.

Anders erscheint dagegen die Situation bei der Sicherungsübereignung unter auflösender Bedingung. Hier steht kein sukzessiv sich verwirklichender Entstehungstatbestand in Frage, sondern der Fortbestand eines Rechts. Durch Eintritt der auflösenden Bedingung wird die Grundlage, nämlich das Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen des Verfügungstatbestandes, für die einmal eingetretene Rechtsfolge entzogen und damit auch die Rechtsfolge selbst beseitigt. Das Bild der sukzessiven Tatbestandsverwirklichung paßt daher nicht für die auflösend bedingte Übereignung.

Sieht man jedoch die Situation aus der Sicht des Sicherungsgebers, so stellt sich seine Rechtsstellung ebenso dar wie die des Erwerbers unter aufschiebender Bedingung. Erhält der Sicherungsnehmer die Sache übereignet und nimmt er gleichzeitig eine aufschiebend bedingte Rückübertragung an den Sicherungsgeber vor, so erhält dieser die gleiche Rechtsposition wie bei auflösend bedingter Sicherungsübereignung. Dies rechtfertigt es, trotz abweichendem äußeren Erscheinungsbild auch die Rechtsstellung des Sicherungsgebers als Anwartschaftsrecht zu bezeichnen.

b) Rechtsnatur: Eigentumsfragment oder Belastung?

Seiner Rechtsnatur nach ist das Anwartschaftsrecht sowohl bei

---

1) BGHZ 27,360,368; BGH NJW 1962,1910
2) Sponer 57 Anm.31

Sicherungsübereignung als auch bei Eigentumsvorbehalt den subjektiven Rechten zuzurechnen, weil sein rechtlicher Schutz vom Willen des Anwärters abhängig und in sein Ermessen gestellt ist (1).

Raiser hat es in seiner Schrift über dingliche Anwartschaften unternommen, auf das Verhältnis von Eigentümer und Anwartschaftsberechtigtem den Teilungsgedanken anzuwenden und dogmatisch zu verankern. Er geht bei seinen Ausführungen vom Eigentumsvorbehalt aus, wendet diese Grundsätze jedoch entsprechend bei den anderen dinglichen Anwartschaften an, zu denen auch die Rechtsstellung des Sicherungsgebers bei auflösend bedingter Sicherungsübereignung zu rechnen sei (2).

Nach seiner Auffassung wird das Eigentum durch die Bestellung eines Anwartschaftsrechts aufgespalten; die verschiedenen Eigentumsbefugnisse werden zwischen den beiden Berechtigten aufgeteilt. Es läge eine Teilung des Vollrechts in der Zeit vor, die Sachherrschaftsbefugnisse seien unter dem Gesichtspunkt der Ablösung des alten Berechtigten durch einen neuen Eigentümer aufgeteilt. Zwar bezeichnet er nur die Rechtsstellung des bis zum Bedingungseintritt Berechtigten fraglos als Eigentum (3), doch soll es sich beim Anwartschaftsrecht um einen abgespaltenen Eigentumsteil handeln, der dem bedingt Berechtigten bereits gegenwärtig zustehe; man könne insoweit von einem Eigentumsfragment sprechen (4). Die Stellung des Eigentümers wird nach ihm durch die Befugnisse des Anwärters entscheidend geschwächt. Vor allem soll der Anwärter die Sache endgültig und zwar als Eigenbesitzer besitzen (5).

Diese Lehre vom zeitlichen Teil des Vollrechts, die bereits von Brecht (6) und Raape (7) vertreten wurde, stellt jedoch das zeitliche Moment zu sehr in den Vordergrund, das bei der

---

1) von Tuhr I 182; Holtz 24; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anhang 44; Forkel 87 m.w.N.
2) Raiser, Dingl. Anwartschaften 18,66 ff.
3) S.68
4) S.67
5) S.74
6) IhJb. 61,265
7) 138

Bedingung im Gegensatz zu der Befristung im Hintergrund stehen sollte [1]. Darüber hinaus kennt unsere Rechtsordnung keine zeitlichen Rechtsstücke; das Gesetz geht durchweg vom Recht als zeitlicher Einheit aus [2]. Auch ist eine Spaltung des Eigentums in Fragmente derart, daß jedem Fragmentsinhaber ein Komplex von Befugnissen der Sachherrschaft zusteht, nicht möglich [3]. Zu Recht weist Serick [4] darauf hin, daß die Rechtsstellung dessen, der wegen der Spaltung des Eigentums nur noch ein "Eigentumsfragment" hat, kaum als die eines Volleigentümers bezeichnet werden kann. Gegen Raiser spricht auch, daß nach geltendem Recht kein Eigentum - wenn auch nur unter auflösender Bedingung - übertragen werden kann, wenn sich der Veräußerer endgültig, und nicht nur auf Zeit, das Recht auf Eigenbesitz vorbehält. Die Befugnisse des Anwärters gehen außerdem über Eigentumssachherrschaftsbefugnisse hinaus. Er genießt a u c h Schutz gegen Beeinträchtigungen seiner Stellung, die sein Erwerbsinteresse stören [5]. Diese Erwerbsaussicht ist kein Teil der Vollrechtsbefugnisse, da der Rechtsinhaber am Erwerb kein Interesse mehr hat. Die Auffasesung vom Anwartschaftsrecht als Eigentumsfragment ist daher abzulehnen [6].

Nach richtiger Ansicht stellt das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers daher eine Belastung dar. Grundsätzlich stehen dem Sicherungsnehmer sämtliche Eigentümerbefugnisse zu. Ihm fehlen jedoch diejenigen Befugnisse, deren Gebrauch den Sicherungsgeber in seiner Rechtsinnehabung nach Bedingungseintritt gefährden könnten. Das Gesetz hat Vorsorge getroffen, daß der Sicherungsgeber das Recht ganz gewiß wieder erwerben kann. Deshalb stehen dem Anwärter bereits zum Schutze seiner Position ebenso wie dem Eigentümer selbst eine Reihe von Herrschafts- und Abwehrbefugnissen zu. Daran zeigt sich, daß das

---

1) Hüchting 17
2) Forkel 75 f.
3) Georgiades 102
4) I 208
5) Forkel 76
6) im Ergebnis ebenso: Blomeyer AcP 162,196; Flume AcP 161,397 Anm.23; Larenz, Geleitwort zu Georgiades VI f.

Anwartschaftsrecht die Gestalt einer Belastung hat [1]. Dies wird auch dadurch bestätigt, daß die h.L. die Frage des gutgläubigen Erwerbs der Anwartschaftsfreiheit mit Hilfe von § 936 Abs.3 BGB (Verneinung des gutgläubigen Erwerbs der Lastenfreiheit) beantwortet [2].

Dieser Auffassung wird von Raiser [3] entgegengehalten, daß es nicht gelinge, eine aus dem Eigentumsinhalt ausgegrenzte spezifische Machtbefugnis zu nennen, die dem Anwärter, ähnlich wie dem Nießbraucher oder dem Pfandgläubiger, als Belastung des Eigentums zustehe und die Befugnisse des Eigentümers so lange zurückdränge, bis die Belastung wieder wegfalle. Indessen besitzt der Anwärter sehr wohl Sachherrschaftsbefugnisse. So genießt er etwa Schutz gegen Beeinträchtigung seiner Stellung gemäß §§ 985 ff. und 1004 BGB. Der konkurrierende Anspruch des Sicherungseigentümers geht nur mehr auf Herausgabe an den Anwärter und wird insoweit eingeschränkt [4]. Auch wird dem Eigentümer die Macht genommen, den Eintritt der Bedingung durch anderweitige Verfügung zu verhindern oder zu beeinträchtigen (§ 161 BGB) [5]. So kann er sein Eigentum nur belastet mit der Möglichkeit einer zeitlichen Begrenzung bis zum Bedingungseintritt übertragen.

Inhaltlich ist das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers zunächst das Recht, bei Schuldtilgung das Eigentum bzw. die Inhaberschaft an der übertragenen Forderung wieder zu erwerben. Es kann daher als Erwerbsrecht, genauer gesagt als Wiedererwerbsrecht bezeichnet werden [6]. Der Sicherungsgeber hat das rechtliche Können, den Erwerb des Vollrechts herbeizuführen. Damit stellt das Anwartschaftsrecht ein Gestaltungsrecht dar.

Das Anwartschaftsrecht erschöpft sich jedoch nicht in einem

---

1) Forkel 75; Holtz 26; Serick I 211; Spark 65; von Tuhr II, 2 296
2) Vgl. unten S.101
3) aaO.64; ebenso Georgiades 103 f.
4) Einzelheiten bei Henke 57; vgl. auch Palandt-Degenhart § 929 Anm. 6 B b eeβ
5) Darauf weist selbst Georgiades 104 hin
6) Enneccerus-Nipperdey I 82 II 4, S.475; Forkel 165; Georgiades 113; Holtz 27; Minas 62

bloßen Erwerbsrecht. Bei der auflösend bedingten Sicherungsübereignung hat es, da der Erwerbstatbestand schon vorliegt, auch eigentumsähnlichen Charakter. Das Anwartschaftsrecht ist demnach seinem Wesenszug nach Erwerbsrecht, umfaßt aber gleichzeitig beschränkte Herrschaftsbefugnisse (1). Es besteht insoweit kein Unterschied zum Anwartschaftsrecht aus Vorbehaltskauf.

c) Rechtsnatur (Fortsetzung): dingliches Recht?

Die Eigentumsanwartschaft des Sicherungsgebers findet keine ausdrückliche Anerkennung im Gesetz als dingliches Recht, denn sie findet ihre Regelung nicht im Sachenrecht des BGB, sondern ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 158 ff. BGB. Gleichwohl muß sie zu den dinglichen Rechten gezählt werden (2). Dies läßt sich einmal damit begründen, daß § 161 BGB die Rechtsstellung des Anwärters unmittelbar dinglich schützt; er wird nicht nur auf einen schuldrechtlichen Ersatzanspruch verwiesen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß sich aus § 161 BGB während der Schwebezeit eine dingliche Beschränkung der Verfügungsgewalt des Eigentümers ergibt. Dieser dinglichen Beschränkung des Eigentums muß aber ein ebenfalls dingliches Recht des Anwärters gegenüberstehen, da einer dinglichen Beschränkung notwendig ein dingliches Recht entspricht (3).

Es ist nun verschiedentlich die dingliche Natur der Anwartschaftsrechte mit der Begründung verneint worden, daß die bestehende Rechtsordnung nur eine geschlossene Zahl begrenzter dinglicher Rechte kenne; die Anwartschaft auf den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gehöre nicht dazu. Sonstige Rechte dieser Art würden durch den numerus clausus ausgeschlossen, auch wenn schutzwürdige Interessen vorlägen (4).

Hiergegen ist einzuwenden, daß der numerus clausus ledig-

---

1) Baur 22; Forkel 166; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.44
2) ebenso: OLG Saarbrücken JBlSaar 1964,184; Boehmer 165; Hartmann 113; Otto Lange NJW 1951,751; Lehmann-Hübner 283 f.
3) Holtz 25 f.; Haas 26 m.w.N.
4) RG JW 1935,1762,1764; BGHZ 10,69,72; Heck 446; RGRK-BGB-Kuhn § 455 Anm.20 und 24; Staudinger-Ostler § 455 RN.43

lich eine Schranke für die Parteiautonomie, nicht aber für eine andere Rechtsentwicklung darstellt. Er kann nur bedeuten, daß es den Parteien verwehrt sein soll, eine dem Gesetz bisher unbekannte Art dinglicher Rechte zu schaffen. Im Unterschied dazu werden die Anwartschaftsrechte aus dem Gesetz abgeleitet. "Sinn des numerus clausus ist es nicht, damit das Sachenrecht auf dem Stand des Jahres 1900 gewissermaßen einfrieren zu lassen und jede Rechtsentwicklung zu hemmen" (1). Deshalb ist es nicht ausgeschlossen, daß die Rechtsordnung auch solchen, im Gesetz bisher nicht geregelten Rechtsverhältnissen die Drittwirkung zuerkennt. Der numerus clausus ist institutionell zu verstehen: das Anwartschaftsrecht ist zugelassen gemäß §§ 158 ff. BGB (2).

Beim Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers wird in der Literatur vielfach die dingliche Natur mit der Begründung abgelehnt, die unlösbare Verbundenheit mit dem schuldrechtlichen Vertrag stehe der Annahme eines dinglichen Rechts an der Kaufsache entgegen (3). Die Abhängigkeit der Anwartschaft des Vorbehaltskäufers vom Kaufvertrag verbiete es, dieser Anwartschaft den Rang eines dinglichen Rechtes einzuräumen, weil dingliche Rechte in der Gestalt, in der sie der Gesetzgeber geschaffen habe, causaunabhängig seien. Serick (4) kennzeichnet deshalb das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers als ein "schuldrechtlich-dingliches Recht": ein dingliches Recht mit noch schuldrechtlicher Abhängigkeit oder ein schuldrechtliches Recht mit schon dinglichen Momenten. In der Tat steht und fällt das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers mit dem Kaufvertrag, und zwar auch dann, wenn es auf einen Rechtsnachfolger übergegangen ist. Wird der Kaufvertrag aufgehoben, so kann die Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises niemals eintreten, und das Anwartschaftsrecht erlischt.

---

1) Raiser, Dingl.Anwartschaften 55; im Ergebnis ebenso: Bauknecht NJW 1955,1251; Forkel 163; Sponer 104
2) Minas 85 und 156
3) Georgiades 110; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.44; Serick I 247; ders.AcP 166,130; Westermann, Sachenrecht 33
4) I 247

Hiergegen wird eingewandt, daß diese Abhängigkeit kein Grund sei, dem Anwartschaftsrecht den Rang eines dinglichen Rechts vorzuenthalten, da die Abhängigkeit nur den Anfang oder das Ende einer sonst während des Bestehens der eigenen Wertung überlassenen Rechtsstellung bestimmen könnte (1).

Wie dem auch sei, diese Problematik stellt sich jedenfalls nicht beim Anwartschaftsrecht aus auflösend bedingter Sicherungsübereignung (2). Das Verfügungsgeschäft ist in keiner Weise mit seinem Rechtsgrund, der Sicherungsabrede, verbunden. Erweist sich beispielsweise die Sicherungsabrede als nichtig, so kann ungeachtet dessen bei Tilgung der gesicherten Forderung das Eigentum auf den Sicherungsgeber zurückfallen, sofern das Verfügungsgeschäft gültig ist. Das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers besteht demnach unabhängig von dem seiner Bestellung zugrunde liegenden Vertrag. Der Unterschied zum Vorbehaltskauf ergibt sich daraus, daß bei letzterem die Erfüllung der Kaufpreisforderung, also der aus dem Kausalgeschäft entspringenden Forderung, zur Bedingung des Eigentumsübergangs gesetzt ist. Dagegen entstammt bei der Sicherungsübereignung die zu sichernde Forderung nicht der Sicherungsabrede, sondern einem anderen Rechtsverhältnis. Es wird daher durch die Bedingung keine Verknüpfung zwischen dem Verfügungsgeschäft und dem Kausalgeschäft geschaffen. Die Rechtslage ist der bei Pfandrecht und Hypothek vergleichbar, die trotz Akzessorietät gegenüber der Forderung als dinglich anerkannt sind. Es bestehen daher keine Bedenken gegen die dingliche Natur des Anwartschaftsrechts aus auflösend bedingter Sicherungsübereignung.

Dies kann jedoch nicht für die Rechtsstellung des Sicherungsgebers bei der Sicherungsabtretung gelten. Die herrschende Lehre hält Anwartschaftsrechte auf Forderungen für relativ und zwar mit der überzeugenden Begründung, daß Anwartschaften als Vorstufen eines anderen Rechtes nicht weiter wirken können als dieses selbst. Deshalb trägt das Anwartschaftsrecht

---

1) Sponer 104
2) Die unterschiedliche Rechtslage beim Anwartschaftsrecht aus Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung verkennt Serick III 227

denselben Rechtscharakter wie das vollkommene Recht selbst, so daß schuldrechtliche und dingliche Anwartschaften zu unterscheiden sind (1).

Im Verhältnis zum Vollrecht dagegen hat das Anwartschaftsrecht "dinglichen" Charakter; dies zeigt sich etwa darin, daß es auch bestehen bleibt, wenn der Sicherungsnehmer die ihm übertragene Forderung an einen Dritten abtritt. Mit Bedingungseintritt fällt diese selbst bei Gutgläubigkeit des Dritten an den Sicherungsgeber zurück. Wäre das Anwartschaftsrecht im Verhältnis zum Vollrecht nur relativer Natur, so würde es dem Dritten gegenüber nicht wirken.

Auch bei der Sicherungsabtretung zeigt es sich, daß das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers eine Belastung des Vollrechts ist, wie sie das BGB nur in den Formen des Pfandrechts oder Nießbrauchs an einer Forderung kennt. Als Abspaltung einer selbständigen Befugnis aus dem Stammrecht sind diese Rechte inhaltlich von derselben Beschaffenheit wie das Stammrecht, also ebenfalls relative Rechte. Ihr "dinglicher" Charakter wird dadurch nicht berührt; er erweist sich im Fortbestand der Belastung, wenn der Gläubiger des Stammrechts wechselt (2).

d) Auswirkungen des Konkurses des Vorbehaltsverkäufers bzw. des Sicherungsnehmers bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung auf das Anwartschaftsrecht.

Unterschiede in der rechtlichen Behandlung zwischen dem Anwartschaftsrecht aus Vorbehaltskauf und dem aus auflösend bedingter Sicherungsübereignung können sich nur bei dem Vergleich der jeweiligen Tatbestandssituation zeigen. Die Tatbestandselemente sind beim Vorbehaltskauf der Kaufvertrag, der Besitz der Sache und die aufschiebend bedingte Übereignung. Bei der auflösend bedingten Sicherungsübereignung kommen als Bestandteile der Sicherungsvertrag, die zu sichernde

---

1) Forkel 154; Hopp 133; Lange,Heinrich,Allg.Teil 90; Oertmann BGB § 161 Anm.3 a; von Tuhr I 217; Westermann, Sachenrecht 32
2) Baur 584; Westermann, Sachenrecht 666; Wolff-Raiser § 120 I S.482 und § 175 I S.718

Forderung, der Besitz des Sicherungsgutes und die auflösend bedingte Übereignung in Betracht [1]. Da das auflösend bedingte Verfügungsgeschäft in den §§ 158 Abs.2, 159, 160 Abs.2, 161 Abs.2 BGB die gleiche Regelung wie das aufschiebend bedingte erfahren hat, können Unterschiede zwischen beiden Anwartschaftsrechten nur insoweit bestehen, als die verschiedenen Kausalgeschäfte unterschiedliche Auswirkungen haben.

Es wurde bereits oben [2] darauf hingewiesen, daß Anfang und Ende des Anwartschaftsrechts beim Vorbehaltskauf von dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft abhängen, während bei auflösend bedingter Sicherungsübereignung das Anwartschaftsrecht unabhängig von dem seiner Bestellung zugrunde liegenden Vertrag besteht.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß der Kaufvertrag ein gegenseitiger Vertrag, die Sicherungsabrede dagegen ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag ist. Dies hat vor allem Bedeutung für die Anwendbarkeit des § 17 KO im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers bzw. des Darlehensgebers und Sicherungsnehmers.

Die in Rechtsprechung und Literatur herrschende Meinung geht davon aus, daß ein Kaufvertrag auf seiten des Verkäufers im Sinne des § 17 KO erst dann erfüllt ist, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung die Sache dem Käufer übergeben und in sein Eigentum übergegangen ist. Das bedeutet, daß beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Zahlung des Käufers § 17 KO zur Anwendung kommt [3].

Wählt im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers dessen Konkursverwalter Erfüllung, so behält der Käufer Besitz und Nutzung der Sache und hat seinerseits zur Erfüllung des Kaufvertrages an die Konkursmasse zu leisten. Lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung ab, so fällt die Bedingung der vollständigen Kauf-

---

1) Seite 8
2) Seite 53
3) RGZ 64,336; 133,42; Jaeger-Lent § 17 RN.11; Mentzel-Kuhn § 17 Anm.18; Crisolli-Ostler § 5 Anm.71; weitere sehr umfangreiche Rechtsprechungs- und Literaturnachweise bei Sponer 101 Anm.90

preiszahlung aus. Damit ist das Besitzrecht des Käufers zerstört und dieser hat die Sache herauszugeben. Die Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters vernichtet infolgedessen das nicht zu Konkursmasse gehörende Anwartschaftsrecht des Käufers.

Gegen diese Auffassung wird im Schrifttum verschiedentlich eingewandt, § 17 KO gebe dem Konkursverwalter lediglich eine Einwirkungsmöglichkeit auf schuldrechtliche Verhältnisse und nicht auch auf dingliche Rechte und dingliche Anwartschaften Dritter, Deshalb sei § 17 KO im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers nicht anwendbar (1). Zur Begründung wird auch darauf hingewiesen, daß eine derartige Verfügung des Verwalters über das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltsverkäufers in entsprechender Anwendung des § 161 Abs.1 BGB als unwirksam anzusehen sei (2). Wenn nach dieser Vorschrift jede die Anwartschaft beeinträchtigende Verfügung des Konkursverwalters unwirksam ist, müsse erst recht eine Rechtshandlung der Wirksamkeit entbehren, die bereits das Anwartschaftsrecht selbst vernichten würde. Es sei ein Widerspruch, wenn auf der einen Seite das Anwartschaftsrecht im Sinne des § 15 KO dem Konkurs standhalten solle, gleichzeitig aber dem Konkursverwalter die Möglichkeit gegeben werde, diese Entwicklung zunichte zu machen (3).

Dieser Meinung ist entgegenzuhalten, daß die Erfüllungsablehnung nach § 17 KO überhaupt keine Verfügung darstellt, wie sie in § 161 Abs.1 BGB gefordert wird (4). Während bei der Verfügung als rechtsgeschäftlichem Verhalten der rechtsgeschäftliche Erfolg deshalb eintritt, weil er vom Verfügenden gewollt ist, wirkt die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters lediglich auf den Kaufvertrag ein und zieht als Rechtsfolge den Untergang des Anwartschaftsrechts nach sich, ohne

---

1) Bauknecht NJW 1956,1177 f.; Baur 569; Böhle-Stamschräder § 17 Anm.3 b; Raiser, Dingl.Anwartschaften 95 FN.219; vgl. auch Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.125
2) Bley-Mohrbutter § 36 Anm.38 b; Böhle-Stamschräder aaO.; Flume AcP 161,404; Sponer 102
3) Bauknecht NJW 1956,1178; Sponer 102
4) dazu Serick I 355 f.

daß es auf den Willen eines Beteiligten ankommt. Abgesehen davon trifft § 161 Abs.1 Satz 1 BGB nur Verfügungen über den bedingt übertragenen Gegenstand selbst durch Veräußerung und Belastung desselben. Im Falle des § 17 KO träfe der Konkursverwalter jedoch keine Verfügung über sein eigenes Vollrecht, sondern über das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers (1).

Es ist daher der herrschenden Meinung zu folgen, die dem Konkursverwalter im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers das Wahlrecht aus § 17 KO zubilligt. Bei strenger Anwendung könnten im Einzelfall dann Härten entstehen, wenn nur noch eine, insgesamt gesehen verhältnismäßig geringfügige, noch nicht fällige Kaufpreisrate aussteht. Hier ist jedoch zu beachten, daß die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters unter dem Grundsatz von Treu und Glauben steht, der für derartige Ausnahmefälle einen genügenden Schutz gewährt (2). Damit erweist sich das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers nicht als konkursfest.

Ganz anders ist dagegen die Situation beim Anwartschaftsrecht aus auflösend bedingter Sicherungsübereignung. Das zugrunde liegende Kausalgeschäft - die Sicherungsabrede - gibt dem Konkursverwalter des Sicherungsnehmers kein Recht zur Erfüllungsablehnung, da es keinen gegenseitigen Vertrag darstellt. Der Sicherungsgeber behält damit sein Anwartschaftsrecht, das bei Tilgung der gesicherten Forderung in jedem Falle zum Vollrecht erstarkt (3). Es läßt sich daher sagen, daß das Anwart-

---

1) Serick I aaO.
2) RGZ 140,156,162; BGH NJW 1962,2296,2297; Jaeger-Lent § 17 RN.11; Mentzel-Kuhn § 17 Anm.18; RGRK-HGB-Würdinger Vorb.234 vor § 373.
3) Die masseerhaltende Vorschrift des § 15 Satz 1 KO, die besagt, daß Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden könne, steht dem Erwerb des Vollrechts nicht entgegen. Das Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten auf Rückfall des Vollrechts bestand schon vor Konkurseröffnung. Wenn § 161 Abs.1 Satz 2 BGB beeinträchtigende Verfügungen des Konkursverwalters bei Bedingungseintritt unwirksam werden läßt, so ergibt sich daraus, daß die - vor Konkurs - bedingt vorgenommene Verfügung auch nach Eröffnung des Verfahrens weiterhin wirksam geblieben ist. Durch diese Bestimmung soll der bedingt Berechtigte

schaftsrecht aus auflösend bedingter Sicherungsübereignung im Gegensatz zu dem aus Vorbehaltskauf dem Konkurse standhält [1].

Die Auffassung, daß das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers ein Spiegelbild dessen aus Vorbehaltskauf ist [2], ist demnach abzulehnen. Es gelten vielmehr andere Sätze, weil die Anwartschaftsrechte verschiedenen Zwecken dienen [3].

Flume [4] glaubt einen weiteren Unterschied zwischen beiden erwähnten Anwartschaftsrechten zu sehen. Die Rechtsposition des Vorbehaltskäufers sei schwächer als die des Sicherungsgebers, weil der Vorbehaltsverkäufer durch den Rücktritt das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers einseitig beseitigen könne, während der Sicherungseigentümer nur ein Verwertungsrecht habe.

Die Ansicht, dem Sicherungsnehmer stehe nur ein Verwertungsrecht zu, ist bereits oben [5] abgelehnt worden. Außerdem bewirken sowohl die Rücktrittserklärung des Vorbehaltsverkäufers als auch das Schuldigbleiben der Darlehnsforderung den Untergang des Anwartschaftsrechts. Auch ist der Rücktritt vom Kaufvertrag nicht jederzeit zulässig, sondern nur, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug geraten ist.

---

geschützt werden, wenn das Vollrecht erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens erworben wird. § 161 Abs.2 i.V.m. Abs.1 Satz 2 BGB geht insoweit dem § 15 Satz 1 KO als Sondernorm vor. Jaeger-Lent § 15 RN.13; Mentzel-Kuhn § 15 Anm.10; Böhle-Stamschräder § 15 Anm.4; Serick I 357; ders.III 304; Selb 22.
Auch § 26 KO hindert nicht den Erwerb des Vollrechts, da die auflösende Bedingung auf die Tilgung der gesicherten Forderung, nicht aber auf den Konkurs abgestellt ist. Der Rückfall des Vollrechts tritt also nicht "infolge der Konkurseröffnung" ein. Die Schuldtilgung ist ein Ereignis, das unabhängig vom Konkurs ist und nichts mit ihm zu tun hat. Jaeger-Lent § 26 Anm.15; Mentzel-Kuhn § 26 Anm.4 mit Rechtsprechungshinweisen; Siebert 222.

1) ebenso Serick I 241; ders.III 304 f.,319 f.; ders. AcP 166,129

2) Vgl. oben Seite 46 Anm.5

3) ebenso Schnorr von Carolsfeld KritViertSchr. 66,178 Anm.14; Schwister JW 1933,1858

4) AcP 161,398

5) Seite 26 ff.

Der Rücktritt vom Kaufvertrag hat zur Folge, daß dem Käufer an Stelle des bisherigen Anwartschaftsrechts ein Anspruch auf Rückgewähr der bisher geleisteten Kaufpreisraten zusteht (§§ 455,346 BGB; 1 AbzG). Bei der Sicherungsübereignung hat der Sicherungsgeber im Falle des Schuldigbleibens des Darlehens aus der Sicherungsabrede einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung des durch die Verwertung möglicherweise entstehenden Erlös-Überschusses. Von einer schwächeren Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers kann insofern keine Rede sein. Auch bei der Sicherungsübereignung tritt keine dingliche Surrogation des Erlöses ein. Der Sicherungsgeber bleibt hinsichtlich des Erlös-Überschusses darauf angewiesen, erst durch einen Übereignungsvorgang Eigentümer des Geldes zu werden [1].

3. Kapitel:

Lassen sich mit Hilfe der Bedingungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die Rechte des Sicherungsgebers besser dogmatisch-konstruktiv erklären als bei der unbedingten Sicherungsübertragung?

Aufgabe der folgenden Untersuchungen wird es sein, in Einzelfragen die Rechtslage zwischen unbedingter und bedingter Sicherungsübertragung zu vergleichen. Hierbei gilt es, zunächst jeweils die von Rechtsprechung und Lehre für die unbedingte Sicherungsübertragung entwickelten Rechtssätze aufzuzeigen und kritisch zu überprüfen. Sodann ist zu untersuchen, ob die Anwendung der Bedingungsvorschriften auf die Sicherungsübertragung zu einem einfacheren und besseren Weg zur dogmatisch-konstruktiven Begründung der Rechte des Sicherungsgebers führt. Denn durch die Vereinbarung der auflösenden Bedingung soll ja gerade die Rechtsstellung des Sicherungsgebers gegenüber der unbedingten Sicherungsübertragung gestärkt werden. Dabei müssen sich die nachfolgenden Erörterungen auf die Anwendung der BGB-Vorschriften beschränken, die für die Siche-

1) Spark 53

rungsübertragung von besonderer Bedeutung sind; also Bedingungseintritt (§ 158), Bedingungsausfall, Bedingungsvereitelung (§ 162), Zwangsvollstreckung und Konkurs beim Sicherungsnehmer während der Schwebezeit (§ 161).

I. Teilweise Tilgung der gesicherten Forderung.

Bei vollständiger Tilgung der gesicherten Forderung ist der Sicherungsnehmer bei unbedingter Sicherungsübertragung zur Rückübertragung der Gegenstände verpflichtet, bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung tritt die Bedingung ein und das Sicherungsgut fällt ipso iure zurück.

Im Falle teilweiser Tilgung stellt sich die Frage, ob der Sicherungsnehmer bei unbedingter Sicherungsübertragung zur Freigabe der zur Sicherung nicht mehr benötigten Gegenstände verpflichtet ist. Dem könnte bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung der Rückfall einzelner Sicherungsgegenstände nach Maßgabe der Zahlungen entsprechen. Die Problematik tritt dann auf, wenn zur Sicherung einer Forderung mehrere Gegenstände, z.B. ein Warenlager, übertragen sind. Möglich ist, daß im Sicherungsvertrag ausdrücklich eine dahingehende Vereinbarung getroffen ist. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken sehen eine dahingehende Verpflichtung der Bank vor, auf Verlangen des Kunden Sicherungsgegenstände nach ihrer Wahl freizugeben, soweit der Wert des Sicherungsgutes die vereinbarte Deckungsgrenze nicht nur vorübergehend überschreitet (1). Eine entsprechende Bestimmung findet sich nochmals in den Allgemeinen Sicherungsübereignungs-Bedingungen der Banken bzw. den einzelnen Sicherungsabtretungsverträgen (2). Das Problem tritt jedoch dann auf, wenn es an einer entsprechenden Vereinbarung fehlt.

---

1) Schütz, Formularbuch Muster 1 S.25 Ziff.19 Abs.7; vgl. auch Ziff.19 Abs.5 AGB Landesbank u. Girozentrale Saar
2) Schütz, Formularbuch Muster 462 S.588 Ziff.11 und Muster 418 S.537 Ziffer 13; vergleiche auch Ziffer 11 ASÜB der Landesbank und Girozentrale Saar

1.) Bei unbedingter Sicherungsübertragung.

Für die unbedingte Sicherungsübertragung lehnt die in der Literatur vorherrschende Meinung eine dahingehende Verpflichtung des Sicherungsnehmers ab [1]. Zur Begründung wird auf eine Entscheidung des Reichsgerichts verwiesen [2], in der es heißt, daß ein Recht auf Rückgewähr des zur Sicherung Übereigneten nur und erst für den Fall begründet sei, daß die zu sichernde Forderung erlösche. Das entspreche dem auch im BGB [3] anerkannten Grundsatze von der ungeteilten Haftung des Pfandes und dem zu vermutenden entsprechenden Vertragswillen der an der Sicherungsübereignung Beteiligten.

Diese Argumentation ist jedoch nicht überzeugend. Einmal ist der Grundsatz von der ungeteilten Haftung selbst im Pfandrecht nicht lückenlos durchgeführt. Bei der Verpfändung von Geld wird dem Verpfänder schon vor Pfandreife ein Anspruch auf Herausgabe des Überschusses zugebilligt, wenn endgültig feststeht, daß die gesicherte Forderung einschließlich Nebenkosten den verpfändeten Geldbetrag nicht erreicht [4]. Zum anderen können die Pfandrechtvorschriften nicht ohne weiteres auf die Sicherungsübertragung angewendet werden. Es ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, daß eine Sicherungsübertragung, durch die dem Gläubiger eine übermäßige Sicherung im Verhältnis zur gesicherten Forderung gewährt wird, wegen Knebelung nichtig sein kann [5]. Beim Pfandrecht stellt sich diese Problematik nicht in dem Maße, da durch das Akzessorietätsprinzip die Interessen des Sicherungsgebers gewahrt werden.

Wenn nun eine von Anfang an bestehende Übersicherung die Nich-

---

1) Heinrich Lange NJW 1950,570 Anm.50; Palandt-Degenhart § 1222 Anm.3; RGRK-BGB-Kregel § 1222 Anm.3; RGRK-HGB-Ratz § 368 Anm.99; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.169; Roesch 34; Staudinger-Berg § 929 RN.39
2) RG Warn 1912 Nr.58 S.69
3) Vgl. §§ 1210,1222 BGB
4) BGH DB 1966,378; Palandt-Degenhart § 1222 Anm.2; RGRK-BGB-Kregel § 1222 Anm.2; Soergel-Siebert-Augustin § 1222 Anm.3
5) BGHZ 7,111 ff.; BGH NJW 1962,102; BGH WM 1965,84,85; BGH WM 1966,13,15; Serick III 79; Staudinger-Coing § 138 RN.18 gg; Baur 553 m.w.N.

tigkeit der Sicherungsübertragung zur Folge hat, so muß das gleiche gelten, wenn das grobe Mißverhältnis zwischen Höhe der Sicherheiten und der Restschuld nach teilweiser Tilgung der Forderung entsteht.

Deshalb wird verschiedentlich die Ansicht vertreten, der Gläubiger erscheine verpflichtet, bei Teilleistungen diejenigen Gegenstände, die zu seiner angemessenen Sicherung nicht nötig sind, dem Sicherungsgeber zurückzuübertragen. Dies ergebe sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (1). Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Auch der BGH gewährt für den Fall des erweiterten Eigentumsvorbehalts bei Teilleistungen einen Anspruch auf Freigabe von Sicherheiten, wenn ein grobes Mißverhältnis zwischen der Höhe der Sicherheiten und der Restschuld besteht (2).

Hiergegen wendet Schupp (3) ein, bei den sehr großen Schwierigkeiten, die der Verwertung sicherungsübereigneter Gegenstände entgegenstünden, sei es fast unmöglich, einen Maßstab dafür zu finden, ob das Sicherungsgut mit Sicherheit bei der Verwertung mehr bringen werde, als die Forderung noch betrage. Dazu ist festzustellen, daß ein Teilfreigabeanspruch nur bei grobem Mißverhältnis zu gewähren ist. Auch die Ansicht von Heinrich Lange (4), der Sicherungsgeber könne sich bei einem Teilfreigabeanspruch "die Rosinen aus dem Kuchen holen" und damit den Rest entwerten, ist abzulehnen, da der Sicherungsnehmer das Wahlrecht hat, welche Gegenstände er herausgeben will (5). Ein Teilfreigabeanspruch ist daher zu bejahen. Dies ergibt sich aus dem Treuhandverhältnis, selbst wenn eine ausdrückliche Abrede darüber fehlt.

---

1) LG Altona JW 1934,1257; Bull BB 1950,109; Reich, Sicherungsübereignung 67; Schaarschmidt 452; Selb 24; Serick III 80 und 439; Spark 20; Dempewolf 42 für den Rückübertragungsanspruch bei Sicherungsgrundschulden
2) BGH NJW 1960,1712,1714
3) BB 1950,436
4) NJW 1950,570 Anm.50
5) Bull BB 1950,109

2.) Bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Bietet demgegenüber die auflösend bedingte Sicherungsübertragung einen besseren Weg zur dogmatischen Begründung des Teilfreigabeanspruchs? Vom Eintritt der Bedingung kann nur dann gesprochen werden, wenn das bedingende Ereignis in vollem Umfange eingetreten ist. Für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung bedeutet das, daß erst bei vollständiger Schuldtilgung das Sicherungsgut an den Sicherungsgeber zurückfällt. Mit Teilzahlungen werden nicht einzelne Sachen ausgelöst; Teilzahlungen bewirken also nicht, daß einzelne Sicherungsgegenstände nach Maßgabe der Zahlungen auf den Sicherungsgeber zurückfallen, es sei denn, daß dies vertraglich besonders vereinbart ist (1). Bei Sicherungsübereignung scheidet auch ein teilweiser Eigentumsrückfall unter Entstehung von Miteigentum aus, da sich diese Rechtsfolge nicht auf Grund der Bedingungsvorschriften ergibt.

Es zeigt sich, daß allein bei Anwendung der Vorschriften über die auflösende Bedingung der Sicherungsgeber bezüglich des Teilfreigabeanspruchs schlechter gestellt wäre als bei der unbedingten Sicherungsübertragung. Die auflösende Bedingung vermag dem Sicherungsgeber in dieser Hinsicht keine bessere Rechtsstellung zu geben. Da jedoch durch die Vereinbarung der auflösenden Bedingung die Rechtsstellung des Sicherungsgebers gestärkt werden soll, sind die für die unbedingte Sicherungsübertragung entwickelten Grundsätze analog anzuwenden (2). Das bedeutet, daß dem Sicherungsgeber bei teilweiser Schuldtilgung auch hier ein obligatorischer Teilfreigabeanspruch zusteht, wenn zwischen der gewährten Sicherheit und der Restschuld ein grobes Mißverhältnis besteht. Damit bietet die Bedingungskonstruktion keine sachgerechtere Lösung für die Problematik der teilweisen Tilgung.

---

1) Spark 18; ebenso für den insoweit gleichliegenden Fall des Eigentumsvorbehalts: RG Recht 1909 Nr.650; OLG Dresden SeuffA 70 Nr.9; Rühl 88; Serick I 419
2) Selb 27

II. Nichterfüllung bei Fälligkeit und nachträgliche Erfüllung.

Das Problem des Bedingungsausfalls bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung tritt dann auf, wenn die gesicherte Forderung nicht getilgt wird. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob bei Tilgung der gesicherten Forderung n a c h diesem Zeitpunkt sich ein ipso-iure-Rückfall des Sicherungsgutes konstruieren läßt. Dazu soll im Folgenden zunächst untersucht werden, wie sich die Rechtslage in den entsprechenden Fällen bei der unbedingten Sicherungsübertragung darstellt. Sodann ist zu prüfen, ob die Bedingungskonstruktion eine bessere Lösung der in diesem Zusammenhang anstehenden Problematik gibt.

1.) Bei unbedingter Sicherungsübertragung.

Wenn die Parteien zur Sicherung Eigentum oder ein sonstiges Recht auf den Gläubiger übergehen lassen, so vereinbaren sie damit, daß sich der Gläubiger im Falle der Nichterfüllung durch den Schuldner aus dem Sicherungsgut Befriedigung verschaffen solle. Es genügt die Fälligkeit der gesicherten Forderung (1); außerdem ist aus der besonderen Sorgfaltspflicht des Sicherungsnehmers die Verpflichtung herzuleiten, den Sicherungsgeber rechtzeitig von der beabsichtigten Verwertung in Kenntnis zu setzen, um diesem noch Gelegenheit zu geben, die Sache einzulösen (2).

Entsprechend der Regelung beim Pfandrecht (§ 1228 Abs.2 BGB) kommt es nicht darauf an, ob der Schuldner mit der Bezahlung in Verzug ist (3). Für den Sicherungsnehmer ist allein von

---

1) Baur 549; RGRK-BGB-Johannsen § 930 Anm.55; RGRK-HGB-Ratz § 368 Anm.99 a; Serick III 466; Staudinger-Berg § 929 RN.39 β
2) Haegele 111; Hartmann 116; Höh AcP 150,539; Reich, Sicherungsübereignung 147; RGRK-HGB-Ratz § 368 Anm.99 a; Roesch 39; anders jedoch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, wonach es keiner Androhung der Verwertung bedarf, vgl. Schütz, Formularbuch Muster 1 S.26 Ziff.20 Abs.2
3) a.A. Reich, Sicherungsübereignung 146; Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken enthalten ebenfalls die Bestimmung, daß die Bank zur Verwertung der Sicherheiten befugt ist, wenn der Kunde seinen Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nachkommt; vgl. Schütz, Formularbuch Muster 1 S.26 Ziff.20 Abs.1; ebenso Ziff.20 Abs.1 AGB der Landesbank und Girozentrale Saar

Bedeutung, daß die Forderung nicht erfüllt ist; die Gründe hierfür sind ihm gleichgültig. Die Art und Weise der Verwertung richtet sich nach dem Sicherungsvertrag. Wo sich daraus nichts entnehmen läßt, können u.U. die Pfandrechtsvorschriften entsprechend herangezogen werden (1).

Auch wenn weiter nichts verabredet ist, so folgt doch aus dem Sicherungszweck als dem obersten Vertragszweck das Recht des Sicherungsgebers, seine Sache noch nachträglich durch Bezahlung der Forderung auszulösen (2). Ein zeitlich unbegrenztes Einlösungsrecht des Sicherungsgebers würde jedoch den Sicherungsnehmer in eine unangenehme Lage bringen. Er wäre praktisch an der Verwertung des Sicherungsgutes gehindert, da er befürchten müßte, gegenüber dem Sicherungsgeber schadensersatzpflichtig zu werden, wenn dieser noch nach langer Zeit die Forderung tilgt. Das Recht, welches dem Sicherungsgeber seine Befriedigung sichern soll, würde ihn gerade hindern, sich aus dieser Sache Befriedigung zu verschaffen. Deshalb kann dem Sicherungsgeber nur ein zeitlich begrenztes Einlösungsrecht zugestanden werden: nur bis zur Verwertung hat der Sicherungsgeber das Recht, das Sicherungsgut einzulösen (3).

2.) Bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Hier setzt die Verwertung den Bedingungsausfall voraus. Andernfalls wäre bei nachträglichem Bedingungseintritt die Veräußerung des Sicherungsgutes als Zwischenverfügung nach § 161 BGB unwirksam. Wann eine Bedingung grundsätzlich als ausgefallen zu betrachten ist, darüber herrscht kein Streit: Es muß feststehen, daß der Tatbestand, an welchen sich die Rechtswirkung knüpfen soll, sich nicht verwirklicht hat und sich nicht mehr verwirklichen kann (4). Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit beim Schuldner kann jedoch nicht als Bedingungsausfall gewertet werden, da auf diese Weise die Schwebe-

---

1) Baur 550; Staudinger-Berg § 929 RN.39 β
2) RGRK-BGB-Johannsen § 930 Anm.45; RGRK-HGB-Ratz § 368 Anm. 99; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.175
3) Leist 59; RGRK-BGB-Johannsen § 930 RN.55; Roesch 40
4) Flume, Allg.Teil 715; RGRK-BGB-Kuhn § 158 Anm.4; Soergel-Siebert-Knopp § 158 RN.19; Staudinger-Coing § 158 RN.4

zeit praktisch nie enden würde. Es bestünde immer noch die Möglichkeit, daß ein Dritter gemäß § 267 BGB für den Schuldner zahlt. Da für die Verwertung nichts weiter gefordert wird, als daß der Schuldner bei Fälligkeit nicht zahlt, muß dies schon den Bedingungsausfall bewirken. Nichtzahlung zum Fälligkeitstermin hat damit zur Folge, daß das Sicherungsgut endgültig dem Sicherungsnehmer zur Verwertung zur Verfügung steht.

Auch für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung muß aber dem Sicherungsgeber noch bis zur Verwertung das Recht zugestanden werden, sein Sicherungsgut durch Bezahlung der Forderung einzulösen. Spark (1) und Hartmann (2) vertreten die Auffassung, daß in einem solchen Falle noch nachträglich die Bedingung für den Rückfall des Sicherungsgutes wirksam herbeigeführt werden könne. Es ist aber nicht möglich, noch nach Bedingungsausfall einen nachträglichen Bedingungseintritt zu konstruieren, da ein Ausfall der Bedingung nur dann vorliegt, wenn e n d g ü l t i g feststeht, daß der Tatbestand sich nicht verwirklicht.

Jaffé (3) schlägt zur Lösung des Problems für den Eigentumsvorbehalt vor, daß neben der durch rechtzeitige Zahlung des Preises bedingten dinglichen Einigung noch eine sekundäre Einigung hergeht, welche bedingt ist schlechthin durch die volle Erfüllung der Verbindlichkeiten. Abgesehen davon, daß der Sicherungsnehmer bei dieser Konstruktion ebenfalls Gefahr läuft, sich bei der Verwertung schadensersatzpflichtig zu machen, da immer noch die "sekundäre" Bedingung eintreten kann, erscheint eine derartige doppelte Bedingung sehr gekünstelt. Die Parteien denken bei Abschluß des Sicherungsvertrages nicht an eine primäre und sekundäre Bedingung, sondern nur daran, daß bei Tilgung das Sicherungsgut ipso iure an den Sicherungsgeber zurückfallen solle. Bei nachträglicher Tilgung läßt sich daher kein ipso-iure-Rückfall des Sicherungsgutes begründen.

---

1) Seite 20 Anm.2
2) Seite 118
3) Seite 46 f.

Da aber bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung der Sicherungsgeber mindestens eine ebensolche Rechtsstellung haben soll wie bei der unbedingten, steht ihm auch hier ein Einlösungsrecht bis zur Verwertung zu. Es bewirkt aber lediglich einen schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch; die Bedingungskonstruktion versagt insoweit.

III. Verweigerung der Annahme der Zahlung.

Als Bedingungsvereitelung (§ 162 BGB) kommt bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung der Fall der Verweigerung der Annahme der Zahlung in Betracht. Die nachfolgenden Erörterungen werden sich mit der Frage befassen, ob in diesen Fällen die Bedingungsvorschriften eine bessere Lösung zur Begründung der Rechte des Sicherungsgebers bieten, als die allgemeinen, für die unbedingte Sicherungsübertragung entwickelten Rechtssätze.

1.) Verweigerung der Annahme der Leistung des Sicherungsgebers bei unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Bietet der Schuldner dem Gläubiger rechtzeitig die Bezahlung der Forderung an, lehnt dieser aber die Annahme des Geldes grundlos ab, so gerät er dadurch in Annahmeverzug (§ 293 BGB). In diesem Falle stellt sich die Frage, ob das Sicherungsgut zurückzugewähren ist, obwohl noch keine Tilgung eingetreten ist.

Für das Pfandrecht bestimmt § 1223 Abs.2 BGB, daß der Verpfänder berechtigt ist, Herausgabe ohne Vorleistung unter Befriedigungserbieten Zug um Zug gegen Zahlung zu verlangen. Das gilt selbst dann, wenn der vom Verpfänder verschiedene Schuldner der Leistung widerspricht; da § 267 Abs.2 BGB unanwendbar ist [1]. Eine Hinterlegung des Betrages wird hingegen nicht gefordert. Allerdings kann der Schuldner, der nicht zugleich Verpfänder ist, Rückgabe an den letzteren erst nach

---

1) Palandt-Degenhart § 1223 Anm.2

Befriedigung, nicht aber Zug um Zug verlangen [1].

Die in Rechtsprechung und Literatur herrschende Meinung wendet diese Vorschrift auf die Sicherungsübertragung analog an [2]. Das bedeutet, daß der Sicherungsgeber, auch wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, sich nur zur Zahlung der Schuldsumme zu erbieten braucht, um die Rückübertragung des Sicherungsgutes bei unbedingter Sicherungsübertragung verlangen zu können. Die Gegenmeinung [3], wonach der Rückübertragungsanspruch erst dann entstehen soll, wenn der Schuldner die geschuldete Leistung unter Verzicht auf Rückforderung hinterlegt hat, ist abzulehnen, da sie dem Sicherungsgeber unnötige Erschwerungen auferlegt. Treu und Glauben fordern, daß der Sicherungsnehmer das Sicherungsgut zurückgibt, wenn ihm die Bezahlung seiner Forderung ernstlich angeboten wird [4]. Das gilt nur nicht im Falle der Divergenz zwischen Schuldner und Sicherungsgeber, da hier das Interesse des Schuldners an der Rückgewähr des Sicherungsgutes nicht so groß ist, so daß ihm eine Hinterlegung ebenso wie beim Pfand zuzumuten ist.

Bei der auflösend bedingten Sicherungsübertragung müßte dementsprechend das Sicherungsgut an den Sicherungsgeber zurückfallen, wenn der Gläubiger die Zahlung des Sicherungsgebers ablehnt. Maßgebend ist § 162 BGB, wonach die Bedingung dann als eingetreten gilt, wenn der Eintritt von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird. In der Literatur wird nur vereinzelt die Auffassung vertreten, daß schon die Verweigerung der Annahme der Zahlung als Bedingungseintritt gelte [5]. Begründet wird

---

1) Soergel-Siebert-Augustin § 1223 Anm.7; Staudinger-Spreng § 1223 Anm.4 d
2) RGZ 92,280,281; RG Recht 1926 Nr.1363; Palandt-Degenhart § 1223 Anm.4; RGRK-Kregel § 1223 Anm.6; Staudinger-Spreng § 1223 Anm.6; Scholz, Rückgewähranspruch 429; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anhang 131; von Tuhr II,2 192; Westermann, Sachenrecht 211; Wolff-Raiser § 179 III 2 b Anm.28 S.737
3) RGRK-BGB-Johannsen § 930 Anm.52; RGRK-HGB-Ratz § 368 Anm.99; Haegele 107
4) Bull BB 1950,109
5) so für den Eigentumsvorbehalt: Staudinger-Ostler § 455 RN.48; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anhang RN.49

diese Ansicht damit, daß bei einem solchen treuwidrigen Verhalten das Sicherungsinteresse nicht mehr schutzwürdig sei.

Hiergegen ist einzuwenden, daß die Rechtsfolgen des § 162 BGB erst dann eingreifen, wenn endgültige Verhinderung des Bedingungseintritts vorliegt. Bloße Erschwerung des Eintritts genügt nicht: erforderlich ist, daß infolge des Verhaltens des Gläubigers die Bedingung nicht mehr eintreten kann (1). Es läßt sich aber nicht sagen, daß infolge der Nichtannahme der Zahlung endgültig die Bedingung, d.h. die Schuldtilgung, vereitelt wurde. Das Gesetz hat bei Annahmeverzug dem Schuldner mit der Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme einen Rechtsbehelf gegeben, der es ermöglicht, die Bedingung selbst gegen den Willen des Gläubigers eintreten zu lassen. Aus diesem Grunde kann der Annahmeverzug allein nicht genügen, um die Bedingung gemäß § 162 BGB als eingetreten zu behandeln; vielmehr muß der Sicherungsgeber, wenn er zugleich Schuldner ist, seine Leistung unter Verzicht auf Rücknahme hinterlegen (2).

Vergleicht man dieses Ergebnis mit dem für die unbedingte Sicherungsübertragung gefundenen, wonach der Rückübertragungsanspruch lediglich das Befriedigungserbieten des Sicherungsgebers voraussetzt, so würde die alleinige Anwendung der Bedingungsvorschriften für den Sicherungsgeber, der zugleich persönlicher Schuldner ist, zu einem ungünstigeren Ergebnis führen. Da aber durch die auflösende Bedingung die Rechtsstellung des Sicherungsgebers verbessert werden soll, muß ebenso wie bei der unbedingten Sicherungsübertragung die Vorschrift des § 1223 Abs.2 BGB analog angewandt werden. Das bedeutet, daß der Sicherungsgeber, auch wenn er zugleich Schuldner ist, bei Annahmeverzug die Rückübertragung des Sicherungsgutes ohne Vorleistung unter Befriedigungserbieten Zug um Zug gegen Zahlung verlangen kann. Damit bietet die

---

1) RGZ 66,226; Palandt-Danckelmann/Heinrichs § 162 Anm.1; Soergel-Siebert-Knopp § 162 RN.9; Staudinger-Coing § 162 RN.4
2) RGRK-BGB-Johannsen § 930 Anm.52; RGRK-HGB-Ratz § 368 Anm.99; Roesch 39; außerdem für den Eigentumsvorbehalt: Rühl 89; Serick I 419

Konstruktion der auflösenden Bedingung auch insoweit keine bessere Lösung zur Begründung der Rechte des Sicherungsgebers.

2.) Verweigerung der Annahme der Leistung eines Dritten.

Lehnt der Gläubiger die ihm von einem Dritten angebotene Zahlung ab, so ist zu unterscheiden, ob der Schuldner mit der Leistung des Dritten einverstanden war oder nicht.

a) Der Schuldner widerspricht nicht. Rechtsfolgen bei unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Widerspricht der Schuldner nicht der Zahlung des Dritten, so gerät der Gläubiger gegenüber dem Schuldner in Annahmeverzug (§§ 267 Abs.1; 293 BGB) (1). Vor Fälligkeit der gesicherten Forderung ist Annahmeverzug jedoch nur dann gegeben, wenn die Forderung auch erfüllbar war. Hier ist zu berücksichtigen, daß die Auslegungsregel des § 271 Abs.2 BGB bei einem verzinslichen Darlehen nicht gilt. Der Darlehensgeber braucht sich eine vorzeitige Abwicklung des gesicherten Darlehensgeschäfts nicht vom Darlehensnehmer und erst recht nicht von einem Dritten aufdrängen zu lassen (2).

Aber auch selbst wenn die Forderung fällig oder zumindestens erfüllbar ist, ergibt die analoge Anwendung des § 1223 Abs.2 BGB bei unbedingter Sicherungsübertragung keinen Rückübertragungsanspruch des Sicherungsgebers, da nur das Befriedigungserbieten des Sicherungsgebers diesen Anspruch auslöst. Wenn schon das Zahlungserbieten des vom Sicherungsgeber verschiedenen Schuldners keinen Rückübertragungsanspruch auslöst, so vermag dies noch weniger ein Dritter zu bewirken, der für den persönlichen Schuldner die Leistung erbringen will.

Auch eine Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme kommt für den Dritten nicht in Betracht. Der Dritte ist nur befugt, die tatsächlich geschuldete Leistung zu erbringen. Erfüllungssur-

---

1) KG OLG 20,349; RGRK-BGB-Nastelski § 267 Anm.7; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 267 RN.3; Staudinger-Werner § 267 RN.5
2) BGH NJW 1970,603; Palandt-Putzo § 609 Anm.2; Serick III 223 f.

rogate braucht sich der Gläubiger von ihm nicht aufdrängen zu lassen [1]. Die gegenteilige Ansicht, daß jeder zahlungsbereite Dritte hinterlegen könne [2], ist abzulehnen. Das Gesetz gewährt die Hinterlegungsbefugnis ausdrücklich nur dem Schuldner (§§ 372 ff. BGB). Hätte es allgemein jedem Dritten das Recht zur Hinterlegung zuerkennen wollen, so hätte dies nicht ausdrücklich in den §§ 268 Abs.2, 1142 Abs.2, 1224 BGB erwähnt zu werden brauchen [3].

Dieses Ergebnis, wonach der zahlungsbereite Dritte nicht die Rückübertragung des Sicherungsgutes zu bewirken vermag, erscheint unbillig insbesondere dann, wenn es sich um einen Gläubiger des Sicherungsgebers handelt, der in das Sicherungsgut vollstrecken will. Soll der Gläubiger an der Pfändung gehindert sein, wenn nur eine verhältnismäßig geringe Restschuld aussteht? Die Rechtsprechung hat in einem solchen Falle die Ablehnung der Annahme des von dem Gläubiger angebotenen Betrages für mißbräuchlich erklärt und ausgeführt, der pfändende Gläubiger könne der vom Sicherungsnehmer erhobenen Drittwiderspruchsklage die Einrede der Arglist entgegenhalten [4].

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Es ist allein auf das ungerechtfertigte Verhalten des Sicherungsnehmers zurückzuführen, wenn er wegen seiner Forderung nicht befriedigt ist und die gepfändeten Gegenstände nicht in das Eigentum des Sicherungsgebers zurückübertragen werden müssen. Wenn er sich bei dieser Sachlage auf sein noch bestehendes Recht (Eigentum) an dem gepfändeten Sicherungsgut beruft und hierauf seinen Widerspruch gegen diese Pfändung stützt, so bedeutet dies einen Mißbrauch seines Rechts, der gegen Treu und Glauben verstößt [5]. Mittels Arglisteinrede läßt sich auf diese Weise ein den Interessen des pfändenden Gläubigers entsprechendes

---

1) RGRK-BGB-Nastelski § 267 Anm.6; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 267 RN.3; Staudinger-Werner § 267 RN.7
2) Serick I 302 m.w.N. in Anm.44
3) Letzgus 37
4) KG in KGBl 1924,80,81; ebenso Bull BB 1950,108
5) Vgl. KG in KGBl 1924,81

Ergebnis herleiten.

Bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung bewirkt der Annahmeverzug des Gläubigers noch keinen Bedingungseintritt (1). Dagegen gelangt der Dritte hier mit Hilfe analoger Anwendung des § 162 Abs.1 BGB zum Ziele. Der Sicherungsnehmer muß sich sagen lassen, daß er den Eintritt der Bedingung des Vollrechtsrückfalls wider Treu und Glauben verhindert habe (2). Zwar schützt, wie Letzgus (3) zutreffend hervorhebt, § 162 Abs.1 BGB in erster Linie denjenigen, zu dessen Gunsten die Bedingung eintritt. Dem Sicherungsgeber gegenüber schuldet sein Gläubiger ein Verhalten nach Treu und Glauben. Aber das tatsächliche Interesse des Dritten, mit Bedingungseintritt ein Pfandrecht am Sicherungsgut zu erwerben, rechtfertigt es, auch zu seinen Gunsten § 162 Abs.1 BGB analog anzuwenden.

Damit gilt die Bedingung bei Verweigerung der Annahme als eingetreten, das Eigentum bzw. die Inhaberschaft an den Sicherungsgegenständen auf den Sicherungsgeber übergegangen. Der Pfändung des Dritten steht nichts mehr im Wege. Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme kann für das Vorliegen der Bedingungsvereitelung (§ 162 BGB) nicht gefordert werden, da Dritte - wie oben ausgeführt - kein Hinterlegungsrecht haben.

Bei Vergleich zwischen den für die unbedingte und die bedingte Sicherungsübertragung gefundenen Ergebnissen ergibt sich in diesem Falle kein wesentlicher Unterschied. Während bei der unbedingten Sicherungsübertragung auf allgemeine Grundsätze wie Treu und Glauben und Arglist zurückgegriffen werden mußte, konnte bei der auflösenden Bedingung § 162 BGB analog angewandt werden. Dies ist jedoch keine Besonderheit, da § 162 BGB nur eine Folgerung aus dem das ganze Vertragsrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben in der besonderen Ausformung ist, daß niemand aus eigenem treuwidri-

---

1) Rühl 90; Letzgus 38 für den Eigentumsvorbehalt
2) Marck 137; außerdem für den Eigentumsvorbehalt: KG OLG 20,349; KG OLG 26,56,57; Enneccerus-Nipperdey II § 196 III Anm.8 S.1196; Erman-Hefermehl § 162 Anm.4; Palandt-Degenhart § 929 Anm.6 B c cc; Soergel-Siebert-Knopp § 162 RN.7
3) Seite 38

gem Verhalten Vorteil ziehen darf [1].

b) Der Schuldner widerspricht. Rechtsfolgen bei unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübertragung. - Pfändung des Rückübertragungsanspruchs bzw. des Anwartschaftsrechts des Sicherungsgebers. -

Widerspricht der Schuldner der Zahlung des Dritten (§ 267 Abs.2 BGB), so wird von einigen Autoren dieser Widerspruch für unbeachtlich gehalten, da er lediglich dazu diene, die Zwangsvollstreckung in das Sicherungsgut unmöglich zu machen [2]. Diese Auffassung ist abzulehnen. Der Sicherungsgeber ist aus dem zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnis regelmäßig [3] nicht verpflichtet, diesem die Zwangsvollstreckung dadurch zu ermöglichen, daß er der Leistung an den Sicherungsnehmer nicht widerspricht. Der Sicherungsgeber verschafft seinem Gläubiger nur gerade keinen Vorteil, wenn er ihm in der Vollstreckung gegen sich selbst nicht zum Erwerb des Pfandrechts verhilft [4]. Seine Absicht kann auch lediglich dahin gehen, das Sicherungsgut vor der Verschleuderung in der Zwangsvollstreckung zu bewahren [5]. Das gilt selbst nach erfolgter Sachpfändung, da ihm hierdurch das Widerspruchsrecht nicht genommen ist [6].

Der Sicherungsnehmer ist in diesem Falle berechtigt, die Leistung des Dritten abzulehnen. Mit letzterem verbindet ihn keinerlei Rechtsverhältnis, kraft dessen der Dritte eine Rücksichtnahme auf seine Interessen verlangen kann. Für diesen ist das zwischen den Parteien des Sicherungsvertrages

---

1) RGRK-BGB-Kuhn § 162 Anm.8; Soergel-Siebert-Knopp § 162 RN.1; Staudinger-Coing § 162 RN.11
2) Marck 137; für den Eigentumsvorbehalt: von Tuhr II,2 309 Anm.114; Staudinger-Werner § 267 RN.13
3) Sollte aber ausnahmsweise eine dahingehende Verpflichtung des Sicherungsgebers gegenüber dem Dritten zur Unterlassung des Widerspruchs bestehen, so mag dieser dahingehend gegen den Sicherungsgeber klagen. Die Rechtslage unterscheidet sich dann nicht von der oben unter a) besprochenen.
4) so für den Eigentumsvorbehalt: Rühl 90 Anm.17; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.99; Crisolli-Ostler § 5 Anm.32
5) Letzgus 38
6) Fromherz ZZP 38,54

bestehende Rechtsverhältnis ein fremdes, in das er sich nicht gegen den Widerspruch beider Beteiligten hineindrängen kann [1]. Der Sicherungsnehmer kann auch an der Ablehnung der Leistung ein beachtliches eigenes Interesse haben, weil er Wert darauf legt, die Geschäftsbeziehungen mit dem Sicherungsgeber auch in Zukunft aufrecht zu erhalten [2].

Aber auch wenn der Sicherungsnehmer kein eigenes Interesse an der Zahlung durch seinen Schuldner hat, kann er ablehnen, da er durch keinerlei Rechtspflicht gehalten ist, auf den Dritten Rücksicht zu nehmen [3]. Wenn demgegenüber von Tuhr [4] ausführt, der ablehnende Gläubiger hindere ohne beachtliches eigenes Interesse den Dritten an der Durchführung der Vollstreckung, so ist dem entgegenzuhalten, daß man mit der gleichen Begründung in vielen Fällen auch den Widerspruch des zur Herausgabe nicht bereiten Dritten (§ 809 ZPO) wegfingieren könnte [5].

Durch die Zahlungsablehnung gerät der Sicherungsnehmer in diesem Falle nicht in Annahmeverzug [6]. Wegen des Widerspruchs des Schuldners gegen die Zahlung des Dritten besteht bei unbedingter Sicherungsübertragung kein Rückübertragungsanspruch. Der Schuldner würde sich durch ein dahingehendes Begehren in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzen.

Bei Konstruktion der Sicherungsübertragung unter auflösender Bedingung der Schuldtilgung greift § 162 BGB nicht ein. Da beide Parteien des Sicherungsverhältnisses der Zahlung des Dritten widersprechen, läßt sich nicht sagen, daß eine Bedingungsvereitelung wider Treu und Glauben vorliegt [7]. Wenn demgegenüber Marck [8] die Auffassung vertritt, die Ablehnung

---

1) KG OLG 20,349; Letzgus 38; Crisolli-Ostler § 5 Anm.32
2) Spark 43; für den Eigentumsvorbehalt: Rühl 91; Formherz ZZP 38,54
3) KG OLG 20,349; Rühl 91
4) II,2 309 Anm.114
5) Rühl 91
6) Palandt-Heinrichs § 267 Anm.4; Staudinger-Werner § 267 RN.5; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 267 RN.4
7) KG OLG 20,349; Erman-Hefermehl § 162 Anm.4; Letzgus 39; Spark 44
8) Seite 137

der Leistung stelle eine bösliche Verhinderung des Eintritts der Bedingung dar, so ist dem entgegenzuhalten, daß § 162 BGB nur den Interessen der am Eintritt der Bedingung unmittelbar Beteiligten dient. Wenn b e i d e Parteien am Bedingungseintritt nicht interessiert sind, kann nicht von einer Bedingungsvereitelung gesprochen werden. Das Interesse des Dritten muß insoweit zurückstehen.

Unbedingte und auflösend bedingte Sicherungsübertragung kommen in diesem Falle zum gleichen Ergebnis. Das Sicherungsgut verbleibt demnach in beiden Fällen beim Sicherungsnehmer. Dies ist auf das frühere Verhalten des Sicherungsgebers zurückzuführen, der der Tilgung der gesicherten Forderung widersprochen hatte.

Um diese, für den Vollstreckungsgläubiger des Sicherungsgebers unbillige Rechtslage zu überwinden, muß dieser bei unbedingter Sicherungsübertragung den Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückerwerb des Sicherungsgutes pfänden. Diese Pfändung umfaßt nach ihrem Zweck auch die sonstigen Rechte, die sich auf den Rückübertragungsanspruch auswirken können, insbesondere sein Widerspruchsrecht gegen eine Drittleistung nach § 267 Abs.2 BGB [1]. Damit kann der Vollstreckungsgläubiger statt des Sicherungsschuldners den Restbetrag des Kredits zurückzahlen.

Die Auffassung, wonach zur Beseitigung des Widerspruchsrechts außer der Pfändung noch Überweisung zur Einziehung erforderlich ist [2], ist abzulehnen, da bereits die Pfändung ein Verfügungsverbot für den Schuldner bewirkt. Nichtannahme des Betrages durch den Sicherungsnehmer ist nunmehr ebenso zu beurteilen, wie wenn die Zahlung des Schuldners abgelehnt wird [3].

Auf Grund Befriedigungserbieten des Vollstreckungsgläubigers ist der Sicherungsnehmer zur Rückübertragung verpflichtet. Nach Rückerwerb des Sicherungsgutes durch den Sicherungsgeber

---

1) OLG Celle NJW 1960,2196 Nr.11; Serick III 230
2) KG in KGBl 1924,80,81; Bull BB 1950,108
3) Serick a.a.O.

unterliegen die Gegenstände dem Zugriff des Vollstreckungsgläubigers.

Bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung muß der Vollstreckungsgläubiger, um mit Erfolg die Zwangsvollstreckung in das Sicherungsgut durchzuführen, die Rechte des Sicherungsschuldners so mit Beschlag belegen, daß er an dessen Stelle Bedingungspartei gegenüber dem Sicherungsgläubiger wird. Dies erreicht er durch Pfändung des Anwartschaftsrechts. Dadurch wird der Sicherungsgeber in seiner Verfügungsmacht relativ beschränkt, so daß er keine wirksame Verfügung über das Anwartschaftsrecht mehr treffen kann. Deshalb wird auch ein nach § 267 Abs.2 BGB erhobener Widerspruch gegen die Zahlung des Dritten unbeachtlich (1). Auch hier bedarf es keiner Überweisung des gepfändeten Rechts mehr (2), da sie dem Vollstreckungsgläubiger keine Befugnisse mehr geben würde, als er schon durch die Pfändung erworben hat (3). Korrespondierend zu dieser Verfügungsbeschränkung besteht für den Sicherungsgläubiger die Pflicht, die vom Vollstreckungsgläubiger angebotene Restschuld auch dann anzunehmen, wenn sie noch nicht fällig ist. Sein Verhalten hat sich nunmehr wesentlich nach den Interessen des Pfandgläubigers zu richten (4). Lehnt der Sicherungsnehmer die Zahlung des Gläubigers gleichwohl ab, so tritt nach herrschender Meinung über § 162 Abs.1 BGB die Bedingung für den Rückfall des Sicherungsgutes ein (5). Hierbei genügt Zahlungserbieten, ohne daß Hinterlegung erforderlich ist, da ihm kein Recht zur Hinterlegung zusteht. Auch hier wird durch die Pfändung der Rechte des Sicherungsgebers dessen Widerspruchsrecht nach § 267 Abs.2 BGB beseitigt und dadurch die Zwangsvollstreckung durch den Dritten in jedem

---

1) KG in KGBl 1924,80,81; ebenso für den gleichgelagerten Fall des Eigentumsvorbehalts; KG OLG 20,349; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.99; Rühl 91; Sponer 164
2) so aber KG in KGBl 1924,80,81; KG OLG 20,349; Rühl 91
3) Spark 89; Sponer 189
4) BGH NJW 1954,1326; OLG Hamburg MDR 1959,398; KG OLG 33,271; Derleder BB 1969,727 f.; Düringer-Hachenburg-Hoeniger Vor.147 vor § 368; Letzgus 40; a.A. Serick III 226
5) OLG Hamburg MDR 1959,398; RGRK-BGB-Nastelski § 267 Anm.9; Rühl 92; Serick I 305; Spark 86; Sponer 189

Falle ermöglicht.

Damit gelangt man bei der Bedingungskonstruktion insoweit zum gleichen Ergebnis wie bei der unbedingten Sicherungsübertragung. Bei beiden Gestaltungsmöglichkeiten der Sicherungsübertragung kann der Vollstreckungsgläubiger nach Pfändung der Rechte des Sicherungsgebers in das Sicherungsgut vollstrecken, sobald dieses wieder in das Vermögen des Sicherungsgebers gelangt ist. Die Beseitigung des Widerspruchsrechts durch Pfändung läßt sich aber nicht spezifisch aus den Bedingungsvorschriften herleiten. Es läßt sich daher nicht sagen, daß die Konstruktion der auflösenden Bedingung eine bessere Lösung zur Begründung der Rechte des Vollstreckungsgläubigers des Sicherungsgebers bietet.

IV. Zwangsvollstreckung durch Gläubiger des Sicherungsnehmers in das Sicherungsgut vor Tilgung der Forderung

1.) Bei unbedingter Sicherungsübertragung.

Es wird nicht häufig vorkommen, daß Gläubiger des Sicherungsnehmers in das ihm übertragene Sicherungsgut vollstrecken. In der Regel bleiben bewegliche Sachen im unmittelbaren Besitz des Sicherungsgebers; dieser wird schwerlich zur Herausgabe nach § 809 ZPO bereit sein. Erfolgt gleichwohl die Pfändung, so steht ihm die Erinnerung nach § 766 ZPO zu. Anders ist es jedoch, wenn die Gegenstände vom Sicherungsnehmer in seinen Gewahrsam genommen wurden und dort von dessen Gläubigern während der Dauer des Kreditsicherungsverhältnisses gepfändet werden.

Obwohl der Sicherungsnehmer Eigentümer bzw. Inhaber des Sicherungsgutes ist, gewährt die herrschende Meinung in Rechtsprechung (1) und Literatur (2) dem Sicherungsgeber bei un-

---

1) RGZ 79,121 ff.; 91,12,14; 153,366,369; BGHZ 11,41; OLG Breslau JW 1926,848

2) Baumbach-Lauterbach § 771 Anm.6; Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962,44; Rosenberg 975; Schönke-Baur 188; Staudinger-Berg § 929 Anm.40; Stein-Jonas-Pohle-Münzberg § 771 Anm.II 1 a; Westermann, Sachenrecht 212; Wieczorek § 771 Anm.B IV a 2; Wolff-Raiser § 180 IV 2 S.743

bedingter Sicherungsübertragung das Recht der Intervention gemäß § 771 ZPO.

Zur Begründung werden verschiedene Ansichten vertreten: Die Rechtsprechung argumentiert damit, daß das in die Vollstrekkung verstrickte Recht zwar formell nach außen hin dem Sicherungsnehmer zustehe, daß es aber materiell und wirtschaftlich nicht zu seinem Vermögen gehöre. Es sei ihm nur auf Grund eines fiduziarischen Verhältnisses für einen anderen von diesem übertragen und scheide nicht endgültig aus dem Vermögen des Veräußerers aus [1]. Nach dieser Auffassung können Rechtszuständigkeit und vollstreckungsrechtliche Vermögenszugehörigkeit bei Treuhandverhältnissen auseinanderfallen. Als materielle Grundlage für die Gewährung des Interventionsrechts werden Schuldrechte für ausreichend gehalten [2].

Andere Autoren stellen dagegen mehr Billigkeitserwägungen in den Vordergrund [3]. Boehmer [4] spricht von einem rechtspolitisch unablehnbaren Bedürfnis.

Auf diese verschiedenen Konstruktionsversuche einzugehen ist unergiebig, da sich mit der Zeit ein Gewohnheitsrecht gebildet hat. Wenn demgegenüber einzelne Autoren [5] auf die rechtsdogmatische Inkonsequenz verweisen, so vermag das am Ergebnis nichts mehr zu ändern.

Bestritten ist dagegen, ob dem Sicherungsgeber das Recht der Intervention nur mit oder ohne Tilgung der gesicherten Forderung zugebilligt werden soll. Die Befürworter der Auffassung, daß eine vorherige Tilgung erforderlich sei, weisen darauf hin, daß der Sicherungsnehmer das Sicherungsgut nur gegen Zahlung eines seinem Interesse entsprechenden Vermögenswertes

---

1) RGZ 91,12,14; BGHZ 11,41; OLG Breslau JW 1926,848; ebenso Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anhang 216; Schönke-Baur 188
2) RGZ 153,366,369
3) Henke 44; Siebert 171
4) Seite 165
5) Eichler II, 1 133; Lilienthal DJZ 1902,545; Marck 131; von Tuhr II,2 S.200 Anm.82

aus der Hand zu geben braucht [1]. Erst bei Tilgung der zu sichernden Schuld wechsele die Vermögenszugehörigkeit und aus der eigennützigen Treuhand werde eine uneigennützige. Der Sicherungsnehmer könne sich aus dem Sicherungsgut befriedigen, wenn vom Schuldner nichts zu holen sei; dies müsse auch für seine Gläubiger gelten.

Nach dieser Auffassung wird der Schuldner u.U. gezwungen, schon vor Fälligkeit zu zahlen, um das Sicherungsgut auszulösen. Ein Umstand, der in der Rechtssphäre des Gläubigers eingetreten ist, würde den Sicherungsgeber, der auf den Rückerwerb seines Sicherungsgutes nicht verzichten will, zur vorzeitigen Leistung zwingen. Dies bedeutet einen Verstoß gegen § 271 Abs.2 BGB, wonach vom Schuldner eine zeitlich bestimmte Leistung nicht vor Fälligkeit verlangt werden kann.

Es besteht ein weiteres Bedenken gegen das Erfordernis vorzeitiger Tilgung. Die Übereignung dient nur dem Sicherungszweck. Diese Funktion entfiele aber, wenn ein Gläubiger des Sicherungsnehmers das Sicherungsgut zur Befriedigung seiner Ansprüche verwerten könnte [2]. Dem Vollstreckungsgläubiger können aber durch seine Vollstreckung nicht mehr Rechte zustehen, als der Vollstreckungsschuldner, d.h. der Sicherungsnehmer, selbst hatte [3].

Zu Unrecht gehen die Befürworter vorheriger Tilgung davon aus, daß der Sicherungsnehmer das Sicherungsgut vorzeitig aus der Hand geben solle. Die Interventionsklage ist eine prozessuale Gestaltungsklage, mit der lediglich die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in den betreffenden Gegenstand geltend gemacht wird. Ein Herausgabebegehren ist damit nicht notwendig verbunden. Die Intervention wirkt lediglich als Vollstreckungs- und Verwertungssperre [4]. Die Auffassung, daß die Intervention des Sicherungsgebers vorzeitige Tilgung der gesicherten Forderung voraussetzt, ist daher abzuleh-

---

1) Siebert 169; ebenso Baur 555; Wieczorek § 771 B IV a 2; Rosenberg 975; Thomas-Putzo § 771 Anm.6 d
2) Schlegelberger-Hefermehl Anhang § 368 RN.216
3) Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962,44
4) Heydegger 98

nen [1]. Dem Sicherungsgeber steht die Drittwiderspruchsklage demnach schon während des Kreditsicherungsverhältnisses zu.

2.) Bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Es wird nun vielfach die Auffassung vertreten, daß die auflösend bedingte Sicherungsübertragung im Vergleich zur unbedingten Sicherungsübertragung einwandfreiere Lösungen zur Begründung des Interventionsrechts biete. Man brauche sich nicht auf "wirtschaftliches Eigentum", Billigkeitserwägungen oder gewohnheitsrechtliche Übung zu berufen. Die Vorschriften über die bedingten Rechtsgeschäfte gäben eine unzweideutige Lösung, die auch dem "gesetzestreuesten Interpreten keine Gewissensbisse abnötigen könne" [2].

Nach § 161 Abs.2 i.V. Abs.1 Satz 2 BGB werden während der Schwebezeit erfolgte Zwangsvollstreckungen durch Gläubiger des Sicherungsnehmers erst im Falle des Bedingungseintritts, d.h. mit Zahlung, unwirksam. Aus dieser Bestimmung läßt sich daher nichts für eine Drittwiderspruchsklage während der Schwebezeit herleiten. Nur wenn man der oben abgelehnten Auffassung folgen würde, wonach volle Schuldtilgung für die Intervention unerläßlich sei, käme § 161 BGB zur Anwendung. Es fragt sich aber, ob sich nicht aus dem Sinn und Zweck der Bedingungsvorschriften auch schon für den bedingt Berechtigten das Recht zur Intervention ergibt.

Das OLG Karlsruhe [3] hat im Hinblick auf die wirtschaftliche Zugehörigkeit zum Vermögen des Anwartschaftsberechtigten diesem die Drittwiderspruchsklage schon während der Schwebezeit zugebilligt. Der wirtschaftlichen Stellung des bedingt Berechtigten wohne schon vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab regelmäßig die stärkere Kraft inne. Mit dieser, auch von

---

1) ebenso: RGZ 79,121; 91,12,14; 153,369; Derleder BB 1969, 728 Anm.43; Baumbach-Lauterbach § 771 Anm.6; Palandt-Degenhart Einf. 7 B b bb β vor § 929; Serick III 214 und 237; Soergel-Siebert-Mühl § 930 RN.23; Stein-Jonas-Pohle-Münzberg § 771 Anm.II 1 a; Westermann, Sachenrecht 212; Wolff-Raiser § 180 IV 2 S.743

2) Boehmer 165; im Ergebnis ebenso: Otto von Gierke III 205 Anm.116; Henke 44

3) JW 1928,2735 Nr.18 = ZZP 54,475

Plum [1] vertretenen Unterscheidung zwischen formaler und wirtschaftlicher Vermögenszugehörigkeit hat das OLG Karlsruhe die für das Treuhandrecht entwickelte Argumentation einfach auf das Recht der Bedingung übertragen. Es handelt sich hierbei um eine Begründung, die sich nicht spezifisch aus den Bedingungsvorschriften herleiten läßt. Insoweit kann man daher nicht behaupten, daß die Konstruktion der auflösenden Bedingung besser die Schutzrechte des Sicherungsgebers im Zwangsvollstreckungsrecht zu begründen vermöchte.

Abgesehen davon läßt sich gegen diese Entscheidung des OLG Karlsruhe einwenden, daß die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem und formalem Eigentum dem Bedingungsrecht fremd ist. Der Gegenstand mag, wenn im Verhältnis der Darlehensschuld der größte Teil der Raten gezahlt ist, wirtschaftlich zum Vermögen des bedingt Berechtigten gehören. Die Intervention kann aber nicht willkürlich und gänzlich unsicher davon abhängen, wieviel von der Darlehensschuld abgezahlt ist [2].

Gleichwohl ist aus einem anderen Grunde dem Anwärter das Recht zur Intervention zuzubilligen. Der Vollstreckungsgläubiger braucht sich nämlich nicht mit der Pfändung des Sicherungsgutes zufrieden zu geben; er kann auch noch während der Schwebezeit dessen Verwertung betreiben. Die Verfasser des BGB [3] waren der Auffassung, daß trotz des Anwartschaftsrechts des bedingt Berechtigten auch die Zwangsversteigerung des gepfändeten Gegenstandes zulässig sei; daß die Veräußerung bzw. Überweisung aber mit Erfüllung der Bedingung unwirksam werde [4]. Dem Anwärter wurde keine Widerspruchsklage gewährt aus der Erwägung, daß sonst die Möglichkeit bestehe, durch bedingte Geschäfte Gegenstände beliebig der Zwangsvollstreckung zu entziehen. Lediglich dem Nacherben steht in § 773 ZPO das Recht zu, sich im Wege der Intervention zwar nicht gegen die Pfändung, wohl aber gegen die Verwertung zur

---

1) JW 1928,2736
2) Binter JR 1932,178 ff.
3) Motive I,260
4) ebenso Leist 22

Wehr zu setzen.

Auch von Tuhr [1] lehnt unter Hinweis auf die Motive ein Interventionsrecht des bedingt Berechtigten ab. Er hält ebenfalls eine Veräußerung der Sache in der Zwangsvollstreckung nur unbeschadet des Anwartschaftsrechts für möglich. Dabei geht diese ältere Auffassung vom privatrechtlichen Rechtserwerb des Bieters nach §§ 1242 ff. BGB bei der Zwangsversteigerung aus, so daß der Erwerber durch seinen guten Glauben geschützt ist. Das Ergebnis ist Schutzlosigkeit des Anwärters gegen den Zugriff der Vollstreckungsgläubiger des Rechtsinhabers. Denn da er die Verwertung des gepfändeten Gegenstandes nicht hindern kann, hat er die "schwierige Aufgabe, dafür zu sorgen, daß seine Anwartschaft bei der Versteigerung zur Kenntnis der Bieter kommt" [2].

Die heute in der Zivilprozeßlehre vorherrschende öffentlich-rechtliche Theorie steht aber auf dem Standpunkt, daß die Pfandverwertung ganz dem öffentlichen Rechte zuzuordnen ist. Der Gerichtsvollzieher überträgt dem Meistbietenden die Sache ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse oder auf dessen guten Glauben [3]. Die privatrechtlichen Pfandverwertungsvorschriften sind unanwendbar. Der Ersteher erwirbt auf Grund staatlichen Hoheitsaktes stets lastenfreies Eigentum. Demnach würde selbst das Bemühen des bedingt Berechtigten, seine Anwartschaft zur Kenntnis der Bieter zu bringen, nicht den lastenfreien Eigentumserwerb des Erstehers hindern. Damit würde der bedingt Berechtigte sein Anwartschaftsrecht mit Aushändigung des Gegenstandes an den Ersteher verlieren.

Diese Rechtsfolge läßt sich aber mit dem Sinn des § 161 Abs.2 i.V.m. Abs.1 Satz 2 BGB nicht in Einklang bringen. Aus dieser Bestimmung geht hervor, daß die Stellung des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung gegenüber dem bedingt Berechtigten die schwächere ist. Mit Bedingungseintritt soll das

---

1) II,2 303 Anm.78; ebenso Baumbach-Lauterbach § 771 Anm.6; Thomas-Putzo § 771 Anm. 6 a; Letzgus 55
2) von Tuhr II,2 303 Anm.79
3) RGZ 156,395 ff.; Baumbach-Lauterbach § 817 Anm.1 und 3; Rosenberg 1009; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 817 Anm.IV (18. Auflage)

Recht des Vollstreckungsgläubigers dem Anwartschaftsberechtigten gegenüber unwirksam sein. Wenn aber das Anwartschaftsrecht eine derartige Kraft besitzt, muß es auch als ein die Veräußerung hinderndes Recht gelten. Nur so wird der umfassende Schutz, den § 161 Abs.1 Satz 2 BGB dem Anwärter ursprünglich zugedacht hatte, gewährleistet. Andernfalls wäre die Rechtsstellung des bedingt Berechtigten fast wertlos; § 161 Abs.2 BGB könnte leicht illusorisch gemacht werden. Aus diesem Grunde muß dem bedingt Berechtigten bei einer Zwangsvollstreckung durch Gläubiger des Rechtsinhabers ein Interventionsrecht schon vor Bedingungseintritt zugestanden werden (1).

Es kann jedoch mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO nur die vollständige Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in den betreffenden Gegenstand geltend gemacht werden. Für den Fall, daß die Bedingung ausfällt und der Gegenstand endgültig im Vermögen des bisher Zwischenberechtigten bleibt, bedeutet die vollständige Aufhebung der Zwangsvollstreckung, also auch der Pfändung, für den Vollstreckungsgläubiger eine Benachteiligung. Dieser ist dann genötigt, eine erneute Pfändung auszubringen, was u.U. zu einem Rangverlust seines Pfändungspfandrechts gegenüber zwischenzeitlich pfändenden Vollstreckungsgläubigern führt.

Deshalb vertreten Hellwig-Oertmann (2) und Jakobi (3) die Auffassung, daß dem bedingt Berechtigten die Widerspruchsklage nur mit dem Ziel einer Einschränkung der Zwangsvollstrekkung zugebilligt werden sollte. Sie halten eine Veräußerung der Sache in der Zwangsvollstreckung nur unbeschadet des Anwartschaftsrechts für möglich. Die Zwangsvollstreckung könne nur mit der Maßgabe zugelassen werden, daß der Zuschlag nur unter der Beschränkung erfolgen dürfte, daß bei Eintritt der Bedingung der Ersteher das Eigentum an den bisher nur

---

1) Förster-Kann § 771 d; Herboth 106; Palandt-Degenhart § 929 Anm.6 B c aa; Rosenberg 973; Serick I 293; Stein-Jonas-Pohle-Münzberg Anm.II 1 a; Walsmann ZZP 54,478; Wieczorek § 771 Anm.C I b
2) Seite 280
3) JW 1930,331 f.

Anwartschaftsberechtigten verliere [1].

Gegen diesen Lösungsvorschlag ist einzuwenden, daß bei der Zwangsversteigerung keine Veräußerung unter Vorbehalt des Anwartschaftsrechts möglich ist, wie sich aus § 806 ZPO ergibt [2]. Der Ersteher erwirbt kraft obrigkeitlicher Gewalt in jedem Falle lastenfreies Eigentum.

Es bietet sich jedoch eine andere Lösung an, die auch die Interessen des pfändenden Gläubigers genügend berücksichtigt. § 2115 BGB ordnet für Verfügungen, die der Vorerbe während der Schwebezeit getroffen hat, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge die gleichen Rechtsfolgen an, wie sie in § 161 BGB für Verfügungen des Zwischenberechtigten gelten. Im Nacherbrecht stellt sich demnach das gleiche Problem, wenn Gläubiger des Vorerben in den Erbschaftsgegenstand vollstrecken. Nach § 773 ZPO kann der Nacherbe zwar nicht gegen die Pfändung intervenieren, er kann aber im Wege der Drittwiderspruchsklage erreichen, daß die Verwertung für unzulässig erklärt wird [3]. Eine analoge Anwendung für das Interventionsrecht des bedingt Berechtigten dürfte angebracht sein. Der Vollstreckungsgläubiger behält sein Pfändungspfandrecht während der Schwebezeit und ist nur an der Verwertung des gepfändeten Gegenstandes gehindert. Bei Bedingungsausfall kann er ohne weiteres die Veräußerung der gepfändeten Sache durchführen.

Es zeigt sich, daß auch bei der auflösend bedingten Gestaltung der Sicherungsübertragung dem Sicherungsgeber als bedingt Berechtigtem schon vor Schuldtilgung ein Interventionsrecht zuzubilligen ist. Im Gegensatz zur unbedingten Sicherungsübertragung, wo man sich auf das wirtschaftliche Eigentum, Billigkeitserwägungen oder Gewohnheitsrecht berufen mußte [4], läßt es sich bei der auflösend bedingten Konstruktion aus der Erwägung herleiten, daß wegen der öffentlich-

---

1) ebenso wohl auch Georgiades 170 Anm.31
2) Letzgus 55
3) RGZ 80,33; Baumbach-Lauterbach § 773 Anm.1; Wieczorek § 773 Anm.B I
4) Vgl. oben S.79

rechtlichen Zwangsverwertung andernfalls das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers gefährdet wäre. Der eigentliche Grund für die Gewährung der Intervention ist also allein die öffentlich-rechtliche Verwertung. Diese hat aber mit dem Wesen der Sicherungsübertragung nichts zu tun. Ginge man von der früheren Auffassung aus, wonach sich der Erwerb des Bieters nach den Pfandrechtsvorschriften des BGB richte, ergäbe sich kein Grund, dem bedingt Berechtigten schon während der Schwebezeit ein Interventionsrecht zu gewähren.

Es läßt sich daher nicht sagen, daß die bedingte Sicherungsübertragung im Vergleich zur unbedingten einen besseren Weg zur dogmatisch-konstruktiven Begründung des Interventionsrechts des Sicherungsgebers biete.

V. Konkurs des Sicherungsnehmers vor Tilgung der Forderung.

1.) Bei unbedingter Sicherungsübertragung.

Bei Konkurseröffnung über das Vermögen des Sicherungsnehmers gewähren ständige Rechtsprechung und überwiegende Literatur dem Sicherungsgeber bei unbedingter Sicherungsübertragung ein Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO hinsichtlich des Sicherungsgutes.

Die Begründung ist im wesentlichen die gleiche wie für die Gewährung der Drittwiderspruchsklage. Die Rechtsprechung geht davon aus, daß das Sicherungsgut wirtschaftlich ein Vermögensbestandteil des früheren Eigentümers bleiben solle und daher zwar formell und juristisch, nicht aber materiell und wirtschaftlich dem Gemeinschuldner gehöre. Den Konkursgläubigern könnten nicht mehr Rechte zustehen, als der Gemeinschuldner selbst besessen habe [1].

In der Literatur wird teils auf den Gesichtspunkt der Billigkeit verwiesen [2]. Es widerspreche den Grundsätzen des Konkursrechts, daß die Konkursgläubiger einen doppelten Vor-

---

1) RGZ 45,80; 79,122; 84,217; 91,14; 91,280; 94,307; 123,381; 127,9; 133,86; ebenso: Böhle-Stamschräder § 43 Anm.9; Staudinger-Berg § 929 RN.40
2) Siebert 171; Henke 44; Boehmer 165

teil haben sollen: zuerst die Zahlung der Forderung durch den Sicherungsgeber und die dadurch hervorgerufene Erhöhung des Massebestandes und dazu noch die Verwertung des Sicherungsgutes (1). Teils wird ebenfalls auf die Vermögenszugehörigkeit hingewiesen. Die Konkursgläubiger würden sonst auf Kosten des Sicherungsgebers befriedigt (2).

Angesichts dieser fast einhelligen Meinung in Literatur und Rechtsprechung läßt sich von einem Gewohnheitsrecht sprechen (3). Die gegenteilige Ansicht, die früher ein Aussonderungsrecht dem Sicherungsgeber unter Hinweis auf eine mangelnde einwandfreie juristische Begründung versagte, konnte sich demgegenüber nicht durchsetzen (4).

Bei der Gewährung des Aussonderungsrechts geht die weitaus herrschende Meinung - im Gegensatz zur Drittwiderspruchsklage - davon aus, daß der Sicherungsgeber nur nach Tilgung der gesicherten Forderung das Sicherungsgut aussondern kann (5). Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß der Gläubiger das Sicherungsgut nur gegen Zahlung eines seinem Interesse entsprechenden Vermögenswertes aus der Hand zu geben braucht (6).

Offen bleibt dabei die Frage, was geschieht, wenn der Sicherungsgeber nicht in der Lage ist, den Sicherungsnehmer sofort zu befriedigen. Soll dann wirklich das ganze Sicherungsgut zur Konkursmasse gehören, selbst wenn sein Wert den Wert der gesicherten Forderung übersteigt? Die Befürworter vorheriger Tilgung weisen darauf hin, daß eine vorzeitige Tilgung dem Konkursverwalter nur willkommen sein wird (7).

---

1) Jaeger-Lent § 43 Anm.39
2) Wolff-Raiser § 180 IV,2 S.743; Enneccerus-Nipperdey II § 148 II 1 a β S.923
3) BGH BB 1959,573; BGH WM 1962,180 f.; Jaeger-Lent § 43 Anm.39; Serick III 294
4) Marck 141; von Tuhr II,2 201; Lilienthal DJZ 1902,545; Salinger 436
5) Derleder BB 1969,728 Anm.43; Staudinger-Berg § 929 RN.40; Palandt-Degenhart Einf.7 B b bb β vor § 929; Wolff-Raiser § 180 IV 2 S.743; Westermann, Sachenrecht 212; Schönke-Baur 283; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.218; Mentzel-Kuhn § 43 Anm.15
6) Siebert 169
7) Schuler JuS 1962,51

Dabei werden nur zu sehr die Interessen der Konkursgläubiger ins Auge gefaßt, während dem Sicherungsgeber eine vorzeitige Tilgung zugemutet wird. Dies würde zu einer Befriedigung der Konkursgläubiger auf Kosten des Sicherungsgebers führen (1). Ihnen stünden mehr Rechte zu als dem Sicherungsnehmer selbst, der keine vorzeitige Tilgung durch die Drohung der Verwertung erzwingen kann.

Richtig erscheint vielmehr, daß zur Masse nur die Forderung mit dem für sie bestellten Sicherungsrecht gehört, daß also das Vermögen des Gemeinschuldners durch die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht größer wird. Was vorher nicht zum Vermögen des Sicherungsnehmers gehörte, kann auch nachher nicht zur Masse gehören (2). Die herrschende Meinung geht bei dem Erfordernis vorheriger Tilgung davon aus, daß Aussonderung Rückübertragung des Sicherungsgutes, also insbesondere Herausgabe an den Sicherungsgeber, bedeute. § 43 KO sagt aber nicht, wie sich die Aussonderung vollzieht. Der Sinn des Aussonderungsrechts besteht darin, Dritten an den in der Hand des Gemeinschuldners befindlichen Gegenständen ihre Rechte zu erhalten; das k a n n in Form eines Herausgabebegehrens geschehen. Der jeweilige Klageantrag richtet sich aber nach dem materiell-rechtlichen Inhalt des einzelnen Aussonderungsrechts (3). Im Konkurse des Sicherungsnehmers hat die Aussonderung nur zur Folge, daß der Konkursverwalter ebensowenig frei verfügen darf wie vorher der Gesicherte. Auch der Verwalter darf den Gegenstand nur zur Sicherheit für die gesicherte Forderung verwenden. Die Geltendmachung der Aussonderung bewirkt, daß die Verwertung des Sicherungsgutes erst nach Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderung erfolgen darf und daß bis zu diesem Zeitpunkt nur die Herausgabe verweigert, nicht aber die Sache zur Masse gezogen werden kann. Der Aussonderungsanspruch wird also unter Aufrechterhaltung der Sicherung zugebilligt; er wirkt ebenso wie die

---

1) Enneccerus-Nipperdey II § 148 II 1 a β S.924
2) Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962,44
3) Jaeger-Lent § 43 KO Anm.59; Böhle-Stamschräder § 43 Anm.15

Drittwiderspruchsklage als Verwertungssperre (1). Rückübertragung des Sicherungsgutes kann der Sicherungsgeber selbstverständlich erst nach Tilgung der Forderung verlangen.

2.) Bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Ebenso wie beim Interventionsrecht wird verschiedentlich die Auffassung vertreten, bei Konstruktion der Sicherungsübertragung unter auflösender Bedingung ergebe sich das Aussonderungsrecht im Konkurse des Sicherungsnehmers von selbst. Die Bedingungsvorschriften böten einwandfreiere und unzweideutigere Lösungen, ohne daß es zur Begründung mehr oder weniger "unjuristischer" Hilfskonstruktionen bedürfe (2).
Heinrich Lange (3) führt sogar aus, die Sicherungsübertragung sei wenigstens im Konkurse des Sicherungsnehmers durch die Rechtsprechung auflösend bedingt durch die Tilgung gestaltet worden. Nur bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung lasse sich das Aussonderungsrecht des Sicherungsgebers unmittelbar aus der Konkursordnung ableiten.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Aus § 161 BGB ergibt sich, daß Verfügungen des Konkursverwalters während der Schwebezeit erst bei Bedingungseintritt unwirksam werden. Da vor diesem Zeitpunkt die Verfügung gültig ist, steht dem bloß bedingt Berechtigten kein Aussonderungsrecht zu (4). Werden lediglich die Bedingungsvorschriften angewandt, so läßt sich ein Aussonderungsrecht erst bei Schuldtilgung, d.h. bei Bedingungseintritt, herleiten. Der Sicherungsgeber könnte danach nur als Vollrechtsinhaber aussondern (5).

Auch die Gründe, die für die Gewährung der Drittwiderspruchsklage schon während der Schwebezeit sprechen, sind für das Aussonderungsrecht nicht durchschlagend. Bei der Intervention

---

1) Enneccerus-Nipperdey II § 148 II 1 a β Anm.32 S.923; Jaeger-Lent § 43 Anm.39; Hagedorn 58; Serick III 295,297
2) Boehmer 165; im Ergebnis ebenso: Henke 44; Otto von Gierke III 205 Anm.116
3) NJW 1950,570
4) Jaeger-Lent § 15 RN.13; Th. Wolff § 43 Anm.3; Georgiades 172
5) Daß hierbei weder § 15 KO noch § 26 KO den Erwerb des Vollrechts verhindern, wurde bereits oben S.58 Anm.3 dargelegt.

besteht für den Anwärter die Gefahr, daß er wegen der öffentlich-rechtlichen Natur der Pfandverwertung in jedem Falle sein Recht verliert. Dies trifft für den Konkursverwalter nicht zu. Er kann bewegliche Sachen und Forderungen freihändig verkaufen und übertragen. § 161 BGB bleibt uneingeschränkt anwendbar, so daß die Rechte des bedingt Berechtigten gewährleistet sind. Lediglich bei gutgläubigem Erwerb des Dritterwerbers läuft der bedingt Berechtigte Gefahr, sein Anwartschaftsrecht und damit bei Bedingungseintritt das Vollrecht zu verlieren. In diesem Falle steht ihm aber immerhin ein Ersatzaussonderungs- (§ 46 KO) oder eventuell ein Masseanspruch (§ 59 Nr.1 oder 3 KO) zu.

Damit zeigt sich, daß aus den Bedingungsvorschriften kein Aussonderungsrecht des bedingt Berechtigten hergeleitet werden kann [1]. Die Auffassung, daß die bedingte Sicherungsübertragung im Vergleich zur unbedingten eine bessere Lösung zur Begründung des Aussonderungsrechts biete, ist daher abzulehnen. Um das Aussonderungsrecht des Sicherungsgebers schon während des Kreditsicherungsverhältnisses zu begründen, muß für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung auf die gleichen allgemeinen Grundsätze zurückgegriffen werden wie bei der unbedingten.

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse:

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß sich mit den Bedingungsvorschriften weder ein Teilfreigabeanspruch bei teilweiser Tilgung noch das Aussonderungsrecht des Sicherungsgebers während der Schwebezeit erklären lassen. Ein Rückfall des Sicherungsgutes ist im Falle verspäteter Schuldtilgung ebensowenig herzuleiten, wie bei Befriedigungserbieten. In all diesen Fällen müssen die von Rechtsprechung und Lehre für die unbedingte Sicherungsübertragung entwickelten Rechtssätze analog für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung angewendet werden.

---

1) Serick (III 306) versagt dem Sicherungsgeber bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung das Aussonderungsrecht.

Damit bieten die einzelnen Vorschriften des BGB über den Bedingungseintritt bei teilweiser Tilgung, über Bedingungsausfall im Zusammenhang mit nachträglicher Tilgung, über Bedingungsvereitelung bei Verweigerung der Annahme und über Zwangsvollstreckung und Konkurs vor Bedingungseintritt keinen einfacheren und besseren Weg zur dogmatisch-konstruktiven Begründung der Rechte des Sicherungsgebers. Unsere Ausführungen haben im Gegenteil gezeigt, daß bei alleiniger Anwendung der Bedingungsvorschriften der Sicherungsgeber bei teilweiser Tilgung, bei Verweigerung der Annahme des Gläubigers und bei Konkurs des Sicherungsnehmers während der Schwebezeit ungünstiger gestellt wäre, so daß auf die allgemeinen, für die Sicherungsübertragung entwickelten Regeln zurückgegriffen werden mußte.

4. Kapitel:

Unterschiede in den Rechtsfolgen zwischen unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Der Hauptunterschied zwischen unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübertragung zeigt sich bei der Tilgung der gesicherten Forderung: Bei unbedingter Sicherungsübertragung steht dem Sicherungsgeber das Recht zu, die Rückübertragung des Sicherungsgutes zu verlangen; während bei auflösend bedingter Ausgestaltung ihm das Sicherungsgut ohne weiteres zufällt, weil es ihm unter der auflösenden Bedingung vollständiger Rückzahlung des Darlehens übertragen wurde und diese Bedingung eingetreten ist [1].

Verschiedene Rechtslagen ergeben sich jedoch auch infolge von Rechtshandlungen, die während des Bestehens des Kredit- und Kreditsicherungsverhältnisses vorgenommen werden. § 161 BGB läßt Zwischenverfügungen des bis zum Bedingungseintritt Berechtigten insofern unwirksam werden, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen

---

1) Vgl. oben Seite 2 f.

würden. Es ist deshalb auf die Rechtslage bei Verfügungen des Sicherungsnehmers über das Sicherungsgut während der Schwebezeit jeweils bei unbedingter und bedingter Sicherungsübertragung einzugehen. Auch kann das Recht des Sicherungsgebers, also der Rückgewähranspruch bzw. das Anwartschaftsrecht, bereits vor Tilgung als Kreditsicherungsmittel verwendet werden. Je nach Ausgestaltung der Sicherungsübertragung ergeben sich auch hier verschiedene Rechtsfolgen. Im Folgenden sind alle diese Unterschiede aufzuzeigen und zu untersuchen, ob die Konstruktion der bedingten Sicherungsübertragung interessengerechtere Lösungen bietet als die Sicherungsübertragung mit bloß obligatorischer Pflicht zur Rückübertragung.

I. Tilgung der gesicherten Forderung

1.) Bei unbedingter Sicherungsübertragung.

Ist die gesicherte Forderung durch Erfüllung oder Erfüllungssurrogate erloschen, so ist der Sicherungsnehmer nur schuldrechtlich verpflichtet, das Sicherungsgut dem Sicherungsgeber zurückzuübertragen. Dieser Anspruch erwächst aus dem Sicherungsvertrag mit der gleichen Notwendigkeit wie aus dem Leihvertrag der Anspruch des Verleihers auf Rückgabe der geliehenen Sache [1]. Daneben ist für einen bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch kein Raum, da eine Anspruchskonkurrenz zwischen Vertrags- und Bereicherungsansprüchen begrifflich ausgeschlossen ist [2].

Umstritten ist jedoch, zu welchem Zeitpunkt dieser vertragliche Rückübertragungsanspruch entsteht. Verschiedentlich wird die Auffassung vertreten, der Rückgewähranspruch entstehe erst mit der Tilgung der gesicherten Forderung; vor diesem Zeitpunkt handele es sich lediglich um einen künftigen Anspruch [3]. Zur Begründung wird ausgeführt, seine Entstehung

---

1) Scholz, Rückgewähranspruch 424
2) Vgl. RG JW 1908,403 ff.; RG JW 1934,632; RGZ 166,65,71; Huber 80
3) so für den insoweit gleichgelagerten Fall der Sicherungsgrundschuld: BGH LM 4 zu § 857 ZPO; Baur 399; Hoche DNotZ 1958,387; Wörbelauer NJW 1958,1706 Anm.8

sei von einer Rechtsbedingung abhängig, da der Rückübertragungsanspruch auf einer Vorschrift der Rechtsordnung beruhe und die Befriedigung des Gläubigers zum gesetzlichen Entstehungstatbestand des Anspruchs gehöre (1). Es liegt jedoch keine Rechtsbedingung vor, weil es sich um eine durch Rechtsgeschäft, nicht durch Gesetz aufgestellte Voraussetzung des Rückgewähranspruchs handelt. Der Rückgewähranspruch resultiert aus dem Sicherungsvertrag und nicht aus § 812 BGB (2).

Nach anderer Ansicht erwirbt der Sicherungsgeber schon bei Abschluß des Sicherungsvertrages einen durch das Erlöschen der gesicherten Forderung aufschiebend bedingten Anspruch auf Rückgewähr der Sicherheit (3). Hiergegen ist einzuwenden, daß das Sicherungsgut von vorneherein dem Gläubiger nicht für dauernd, sondern nur unter dem Vorbehalt überlassen wird, daß er es bei Schuldtilgung zurückzugeben hat. Diese Nicht-Endgültigkeit der Übertragung ist der Sicherungsabrede so wesensgemäß, daß der Sicherungsnehmer die Rückgabeverpflichtung schon von Anfang an, nicht erst beim Erlöschen der gesicherten Forderung zu beachten hat. Deshalb entsteht der Rückgewähranspruch bereits mit Abschluß des Sicherungsvertrages; er wird jedoch erst mit Tilgung der gesicherten Forderung fällig (4).

Die Frage nach dem Entstehungszeitpunkt des Rückgewähranspruchs ist vorwiegend von theoretischer Bedeutung, da die Voraussetzungen für die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit auch bei aufschiebend bedingtem und künftigem Anspruch gegeben wären. Bedingte und künftige Forderungen können abgetreten und gepfändet werden, wenn sie nach Gegenstand und Umfang bestimmbar bezeichnet sind (5). Der Rückgewähranspruch ist individuell genügend bestimmt und, was für die Pfändbarkeit

---

1) Hoche aaO.; Wörbelauer aaO.
2) Vgl. Seckelmann 131,134
3) so BGH WM 1956,158,160; Eichler II,1 129; Reich,Sicherungsübereignung 85,94,159; Serick III 225,238,386,477; früher auch Scholz, Kreditsicherung 120; außerdem für die Sicherungsgrundschuld: BGH DNotZ 1958,383; RGZ 143,113,116; Seckelmann 134
4) BGHZ 11,37,43; jetzt auch Scholz, Rückgewähranspruch 424; Selb 18; ebenso für die Sicherungsgrundschuld Huber 185
5) Vgl. statt aller: Palandt-Heinrichs § 398 Anm.3 c und d

wesentlich ist, die Person des Drittschuldners steht fest [1].

Weigert sich der Gläubiger nach Tilgung der gesicherten Forderung, seiner Verpflichtung zur Rückgewähr nachzukommen, so muß der Sicherungsgeber gegen ihn auf Übereignung bzw. Abtretung der sicherungshalber übertragenen Forderungen klagen.

Die Notwendigkeit einer Klage auf Rückübertragung kann sich auch für den Vollstreckungsgläubiger des Sicherungsgebers ergeben, wenn jener dessen Rückübertragungsanspruch gepfändet hat, um sich dadurch den Zugriff auf das Sicherungsgut zu ermöglichen [2]. Nimmt der Sicherungsnehmer die Zahlung des Vollstreckungsgläubigers an, ohne das Sicherungsgut auf den Sicherungsgeber zu übertragen, so muß der pfändende Gläubiger nach Überweisung der gepfändeten Forderung zur Einziehung klagen gegen den Sicherungsnehmer auf Verurteilung zur Übertragung des Sicherungsgutes auf den Sicherungsgeber. Denn die Gegenstände unterliegen erst nach dem Rückerwerb durch den Sicherungsgeber dem Zugriff des Vollstreckungsgläubigers [3].

Weigert sich der Sicherungsnehmer außerdem auch noch, die Zahlung des Vollstreckungsgläubigers anzunehmen, so ist zu berücksichtigen, daß schon dessen Befriedigungserbieten die Verpflichtung des Sicherungsnehmers zur Rückübertragung begründet [2]. Der Vollstreckungsgläubiger muß in diesem Falle nach Überweisung des gepfändeten Rückgewähranspruchs zur Einziehung den Sicherungsnehmer verklagen auf Verurteilung zur Übertragung des Sicherungsgutes auf den Sicherungsgeber Zug um Zug gegen Zahlung durch den Kläger oder durch den Schuldner [4]. Erst nach Rückgewähr kann der Gläubiger des Sicherungsgebers in die Gegenstände vollstrecken.

---

1) Hoche DNotZ 1958,387; Selb 18
2) Vgl. oben Seite 76
3) Zur Frage, ob sich das Pfändungspfandrecht, das am Rückübertragungsanspruch besteht, ohne weiteres an der Sache selbst fortsetzt, vgl. Serick III 228
4) Bull BB 1950,108

2.) Bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Nach Tilgung der gesicherten Forderung erwirbt der Sicherungsgeber im Falle einer auflösend bedingten Sicherungsübertragung das Eigentum am Sicherungsgut bzw. die Gläubigerstellung hinsichtlich der abgetretenen Forderung ohne weiteres wieder, ohne daß es einer Rückübereignung bzw. Rückabtretung bedarf (§ 158 Abs.2 BGB). Im Gegensatz zur unbedingten Sicherungsübertragung ist keine weitere Willenseinigung mehr zwischen den Sicherungsvertragsparteien notwendig. Beim Sicherungsnehmer braucht sogar der Wille, das Eigentum bzw. die Inhaberschaft am Sicherungsgut zurückzuübertragen, zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr vorhanden zu sein. Durch die Vornahme des bedingten Rechtsgeschäfts ist eine Bindung an die Einigung eingetreten, so daß eine einseitige Willensänderung beim bisher Berechtigten unbeachtlich ist (1).

Mit dem Erlöschen der gesicherten Forderung erstarkt das dem Sicherungsgeber bisher zustehende Anwartschaftsrecht (2) zum Vollrecht, ohne daß es einer Mitwirkung des Sicherungsnehmers bedarf. Die Notwendigkeit einer Klage auf Übereignung bzw. Abtretung des Sicherungsgutes entfällt daher. Nur wenn der im Besitz des Sicherungsgutes befindliche Sicherungsnehmer nach Tilgung der Forderung die Herausgabe verweigert, bedarf es einer Klage des Sicherungsgebers; aber dann auch nur auf Herausgabe gemäß § 985 BGB.

Damit ist die Rechtslage für den Sicherungsgeber bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung erheblich günstiger als bei der unbedingten. Die Bedingungskonstruktion kommt daher dem Interesse des Sicherungsgebers auf Wiedererlangung der von ihm übertragenen Gegenstände entgegen.

Nach Tilgung der gesicherten Forderung wird aber nicht nur der Sicherungsgeber Inhaber des Vollrechts, sondern auch der gegen ihn vollstreckende Gläubiger erwirbt gleichzeitig ipso iure ein Pfandrecht am Sicherungsgut. Erforderlich ist dazu

---

1) Vgl. für den insoweit gleichgelagerten Fall des Eigentumsvorbehalts BGHZ 20,97
2) Vgl. oben S.44

die Pfändung des Anwartschaftsrechts und bei der Sicherungsübereignung nach der von der herrschenden Lehre vertretenen Doppelpfändungstheorie (1) noch die Pfändung der Sache selbst, da sich nur unter dieser Voraussetzung das Pfändungspfandrecht am Anwartschaftsrecht nach dessen Erstarken zum Vollrecht in ein Pfändungspfandrecht an der Sache selbst verwandelt.

Nimmt der Sicherungsnehmer auch schon die Zahlung des Vollstreckungsgläubigers nicht an, so ist, wie bereits oben (2) erörtert wurde, der Tatbestand der Bedingungsvereitelung gegeben. Der Sicherungsgeber wird Inhaber des Vollrechts, und der Pfandgläubiger erwirbt ipso iure ein Pfändungspfandrecht am Sicherungsgut, sofern Anwartschaftsrecht und Sache gepfändet waren.

Vergleicht man die Rechtslage zwischen unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübertragung, so zeigt es sich, daß auch der Vollstreckungsgläubiger des Sicherungsgebers bei der Bedingungskonstruktion eine bessere Rechtsstellung genießt. Ist der Sicherungsnehmer nicht zur Rückübertragung des Sicherungsgutes bereit, so bedarf es im Gegensatz zur unbedingten Sicherungsübertragung keiner Überweisung des gepfändeten Rückübertragungsanspruchs zur Einziehung und keiner Klage auf Übertragung auf den Sicherungsgeber mehr, um dem pfändenden Gläubiger den Zugriff auf das Sicherungsgut zu ermöglichen. Er erwirbt bei der Bedingungskonstruktion sowohl bei Tilgung als auch bei Annahmeverweigerung ohne weiteres ein Pfändungspfandrecht am Sicherungsgut, wobei allerdings nach herrschender Lehre außer der Pfändung des Anwartschaftsrechts auch noch Sachpfändung erforderlich ist.

---

1) BGH NJW 1954,1325; OLG Hamburg MDR 1959,398; Serick III 230; umfangreiche Literaturhinweise bei Sponer 163 Anm.1
2) S.77

II. Verfügungen des Sicherungsnehmers über das Sicherungsgut vor Tilgung der Forderung.

Als Eigentümer der übertragenen Sache bzw. Inhaber der abgetretenen Forderung ist der Sicherungsnehmer nicht gehindert, über das Sicherungsgut schon vor Verwertungsreife zu verfügen. Zwar ist der Gläubiger nach der Sicherungsabrede erst bei Fälligkeit der gesicherten Forderung zur Verwertung des Sicherungsgutes befugt. Diese schuldrechtliche Bindung gegenüber dem Sicherungsgeber bewirkt aber kein Veräußerungsverbot (1). Der Sicherungsabrede zuwiderlaufende Verfügungen über das Sicherungsgut sind daher Dritten gegenüber wirksam (§ 137 BGB).

1.) Bei unbedingter Sicherungsübertragung.

Veräußert bei unbedingter Sicherungsübertragung der Gläubiger das Sicherungsgut treuwidrig weiter, so erwirbt der Dritte vom Inhaber des Vollrechts die volle Rechtsmacht, d.h. er wird Eigentümer der Gegenstände bzw. Inhaber der ursprünglich nur sicherungshalber übertragenen Forderung (2). Der Dritte erlangt das Vollrecht frei von jeglicher treuhänderischen Bindung (3). Selbst positive Kenntnis des Dritterwerbers von der Sicherungsabrede steht dem Erwerb unangreifbaren Eigentums nicht entgegen (4). Lediglich für den Fall des arglistigen Zusammenwirkens zwischen Veräußerer und Erwerber kann für den Sicherungsgeber gegen den Erwerber ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB erwachsen (5).

Der Sicherungsgeber verliert daher bei unbedingter Sicherungsübereignung durch treuwidrige Verfügung des Gläubigers sein Sicherungsgut. Zwar bleibt ihm ein vertraglicher Schadensersatzanspruch gemäß § 280 BGB gegen den Sicherungsnehmer. Außerdem braucht er die Schuld nicht zu bezahlen, solange der

---

1) RGZ 153,366,369; Staudinger-Coing § 137 RN.4 p; Wolff-Raiser § 179 III 2 a S.736
2) Lehmann-Hübner 255; Wolff-Raiser § 179 III 2 a S.736; Heinrich Lange NJW 1950,569; Serick II 253 und 263
3) Wolff-Raiser aaO.; Serick aaO.
4) RGZ 95,244,245
5) Düringer-Hachenburg-Hoeniger Vorb.131 vor § 368; Hartmann 112; Lehmann-Hübner 255; Serick III 395

Gläubiger nicht imstande ist, ihm das Eigentum wieder zu verschaffen (§ 273 BGB) [1]. Aber der Sicherungsgeber ist vor allem am Rückerwerb seines Eigentums interessiert; dies ist wegen des Eigentumserwerbs des Dritten nicht möglich.

Für den praktisch wichtigsten Fall der Sicherungsübereignung, nämlich durch Besitzkonstitut, wird der Sicherungsgeber allerdings auf andere Weise vor dem Verlust der Sache geschützt. Er kann zwar auch in diesem Fall nicht verhindern, daß der Gläubiger die Gegenstände unbefugt weiterüberträgt, da die Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt werden kann (§ 931 BGB). Dem unmittelbar besitzenden Schuldner steht aber das Recht zu, seine Einwendungen aus der Sicherungsabrede gemäß § 986 Abs.2 BGB auch dem neuen Eigentümer entgegenzusetzen [2]. Verlangt der neue Eigentümer Herausgabe des Sicherungsgutes, so kann der Schuldner ihm gegenüber sein Recht zum Besitz der Gegenstände entgegenhalten [3]. Das gilt nicht nur während des Bestehens des Kreditverhältnisses, sondern auch nach Bezahlung der Schuld, da in diesem Falle der Sicherungsgeber Rückübereignung verlangen kann [4].

Es entsteht dadurch eine dauernde Trennung von Eigentum beim Erwerber einerseits, Besitz und Nutzung beim Sicherungsgeber andererseits. Das Besitzrecht des Sicherungsgebers kann der Gläubiger auch nicht dadurch beseitigen, daß er die Annahme der Zahlung ablehnt. Durch Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme (§§ 372,378 BGB) kann sich der Sicherungsgeber sein Besitzrecht für dauernd erhalten.

Umgekehrt hat der Sicherungsgeber auch keine Möglichkeit, das Eigentum am Sicherungsgut vom Erwerber zu fordern. Die Pflicht zur Rückgewähr des übertragenen Eigentums nach Bezahlung der Forderung traf nur den Gläubiger. Diese Pflicht ging nicht auf den Dritterwerber über. Damit steht diesem Eigentum ohne

---

1) Salinger 433; Serick III 412
2) Palandt-Degenhart § 930 Anm.4 c; Wolff-Raiser § 179 III 2 a S.736; Düringer-Hachenburg- Hoeniger Vorb.131 vor § 368
3) Vgl. Zunft NJW 1958,1220
4) Salinger 432; Düringer-Hachenburg-Hoeniger Vorb.131 vor § 368; Serick II 254

die Möglichkeit zu, sich auch die Sachherrschaft zu verschaffen; während der Sicherungsgeber die Sache bloß besitzt und mangels Eigentum an ihr nicht in der Lage ist, berechtigt über diese zu verfügen (1).

Der Schutz, den der Schuldner vor dem Entzug der Sache genießt, ist aber nur unvollkommen. Der Schuldner muß dauernd im Besitz der Sache bleiben, da sonst der Dritterwerber mit Erfolg die Herausgabe an sich verlangen kann. Sobald der Schuldner den Besitz des Sicherungsgutes aufgibt, besteht die Gefahr, daß er die Sachen für immer verliert. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß in den Formularen der Sicherungsverträge dem Sicherungsnehmer regelmäßig das Recht eingeräumt wird, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Herausgabe der übereigneten Sache vom Schuldner zu verlangen. Nach Ziffer 10 Abs.1 der Allgemeinen Sicherungsübereignungs-Bedingungen (2) ist die Bank jederzeit berechtigt, das Sicherungsgut in ihren unmittelbaren Besitz zu nehmen, wenn der Sicherungsgeber den Kreditvereinbarungen oder den Verpflichtungen aus dem Sicherungsübereignungsvertrage nicht nachkommen sollte. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen kann sich der Schuldner auch gegenüber dem Herausgabeanspruch des Erwerbers nicht auf sein Recht zum Besitz auf Grund des Sicherungsvertrages gemäß § 986 Abs.2 BGB berufen.

2.) Bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Demgegenüber genießt der Sicherungsgeber bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung einen besseren Schutz gegen treuwidrige Verfügungen des Gläubigers während der Schwebezeit. Nach § 161 Abs.2 i.Verb.m. Abs.1 BGB sind Verfügungen, die der Sicherungsnehmer über das Sicherungsgut trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung, d.h. mit Schuldtilgung, kraft Gesetzes unwirksam, wenn sie den Rückfall des Sicherungsgutes vereiteln würden. Der Sicherungsnehmer kann daher einem

---

1) Vgl. Salinger 432
2) Schütz, Formularbuch Muster 462 Seite 588; ebenso Ziffer 10 Abs.1 ASÜB der Landesbank und Girozentrale Saar; vgl. auch Serick BB 1957,1227

Dritten zwar das Eigentum an den Sicherungssachen bzw. die Inhaberschaft an der sicherungshalber übertragenen Forderung übertragen, mit Rückzahlung des Darlehens erwirbt der Sicherungsgeber aber ohne weiteres das Vollrecht wieder zurück, und zwar nicht vom Dritten, sondern vom Sicherungsnehmer (1). Im Gegensatz zur unbedingten Sicherungsübertragung tritt also Unwirksamkeit der Zwischenverfügung ein, und zwar mit ex-nunc-Wirkung (§ 159 BGB) (2). Dies gilt für die Sicherungsabtretung uneingeschränkt, da ein gutgläubiger Rechtserwerb durch den Dritterwerber bei Forderungen grundsätzlich ausgeschlossen ist (§§ 161 Abs.3, 404 BGB) (3). Bei der Sicherungsübereignung gilt dies ebenfalls, sofern der Dritterwerber bösgläubig ist, also entweder die auflösende Bedingung kennt oder sie infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt (§§ 161 Abs.3, 932 ff. BGB).

War der Erwerber der Sicherungsgegenstände jedoch hinsichtlich der auflösenden Bedingung gutgläubig, so wird er in dem gleichen Umfange geschützt wie eine Person, die vom Nichtberechtigten erworben hat. Im einzelnen ist hierbei zu unterscheiden, auf welche Weise die Eigentumsübertragung vor sich geht.

Das Sicherungsgut befindet sich regelmäßig im unmittelbaren Besitz des Sicherungsgebers. Der Sicherungseigentümer wird daher die Veräußerung durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs vornehmen (§ 931 BGB). Der bezüglich der auflösenden Bedingung gutgläubige Erwerber wird grundsätzlich analog § 934 BGB geschützt. Diese Bestimmung unterscheidet, ob der Veräußerer der Sache mittelbarer Besitzer der Sache ist oder nicht. Wie bereits oben (4) festgestellt wurde, ist der Sicherungsnehmer zur Zeit der Veräußerung des Sicherungsgutes mittelbarer Besitzer. Würde der Sachverhalt nach § 934 BGB beurteilt, so verlöre der Sicherungsgeber mit der

---

1) Vgl. Serick I 444 für den in dieser Beziehung gleich zu behandelnden Fall des Eigentumsvorbehalts
2) Selb 20; a.A. Fuchs ArchbürgR 34,390
3) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl Anhang zu § 368 RN.246
4) Seite 13

Abtretung des Herausgabeanspruchs durch den Sicherungsnehmer an einen in diesem Augenblick gutgläubigen Dritten sein Anwartschaftsrecht; d.h. die Übereignung an den Dritten bliebe auch bei Tilgung der gesicherten Schuld wirksam.

Um dieses, für den Sicherungsgeber unbillige Ergebnis zu vermeiden, wendet die herrschende Lehre § 936 Abs.3 BGB analog an. Die mit dem Besitz verbundene Eigentumsanwartschaft des Sicherungsgebers wird wie eine Belastung des Eigentums aufgefaßt (1). Danach erlischt das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers in diesem Falle nicht. Die Übereignung der Sicherungsgegenstände durch den Sicherungsnehmer nach § 931 BGB genießt daher keinen Gutglaubensschutz (2).

Übereignet der mittelbar besitzende Sicherungseigentümer das Sicherungsgut in der Schwebezeit an einen gutgläubigen Dritten durch Einigung und Besitzkonstitut gemäß §§ 929,930 BGB (Aufbau eines dreigestuften Besitzmittlungsverhältnisses), so erlischt das Anwartschaftsrecht erst, wenn dem Erwerber die Sache vom Veräußerer übergeben wird und er zu dieser Zeit noch in gutem Glauben ist (§§ 161 Abs. 3/933/936 Abs.1 BGB). Für den Sicherungsgeber besteht daher auch in diesem Falle keine Gefahr, bei Bedingungseintritt sein Eigentum nicht wieder zu erlangen.

Nur wenn der Sicherungsnehmer, z.B. wegen Verzugs, das Sicherungsgut in seinen unmittelbaren Besitz zurücknimmt und es dann an einen gutgläubigen Dritten veräußert, erlischt das Anwartschaftsrecht (§§ 161 Abs. 3/932/936 Abs.1 BGB). Allein in diesem Ausnahmefall ist der Sicherungsgeber also durch gutgläubigen Erwerb gefährdet. In allen anderen Fällen kann sich der Sicherungsgeber dagegen durch Tilgung der Schuld das Eigentum an den Sicherungsgegenständen bzw. die Inhaberschaft an der sicherungshalber übertragenen Forderung wieder verschaffen.

---

1) Boehmer 164 f.; Düringer-Hachenburg-Hoeniger Vorb.131 vor § 368; Marck 49; Serick BB 1957,1227; derselbe II 255; derselbe III 399; von Tuhr II,2 304 FN.86; Wolff-Raiser § 70 II FN.5 S.260

2) Beim Eigentumsvorbehalt tritt das gleiche Problem auf; vgl. Serick I 445

Vergleicht man diese Regelung bei der auflösend bedingten Sicherungsübertragung mit dem für die unbedingte Sicherungsübertragung gefundenen Ergebnis, so zeigt es sich, daß im Falle treuwidriger Verfügung die Konstruktion der auflösenden Bedingung eine interessengerechtere Lösung bietet. § 161 BGB gewährt dem Sicherungsgeber einen absolut wirkenden Schutz gegen vertragswidrige Verfügungen des Gläubigers. Bei der Sicherungsübereignung ist der Sicherungsgeber gegenüber dem Herausgabeverlangen des Dritterwerbers nicht bloß auf ein Recht zum Besitz beschränkt; sondern ihm steht bei Schuldtilgung das dingliche Vollrecht zu, einschließlich der Möglichkeit, sich die Herrschaft über die Sache zu verschaffen.

Darüber hinaus hat er auch schon vor Bedingungseintritt ebenso wie bei unbedingter Sicherungsübereignung das auf der Sicherungsabrede beruhende Recht zum Besitz. In den Fällen, in denen er sich - z.B. wegen Verzugs mit einer Rate - während der Schwebezeit nicht auf sein Besitzrecht berufen kann, kann er sich gleichwohl durch Schuldtilgung das Vollrecht verschaffen. Dieser gegenüber der unbedingten Sicherungsübertragung verstärkte Schutz des Sicherungsgebers tritt nicht nur bei vertragswidriger Veräußerung, sondern bei jeder Verfügung ein, also auch bei Belastungen des Sicherungsgutes.

Die gesetzlichen Pfandrechte werden in § 161 BGB den durch Verfügung begründeten nicht ausdrücklich gleichgestellt. Spark [1] verneint ein Unwirksamwerden solcher Pfandrechte bei Bedingungseintritt mit der Begründung, daß keine Verfügung des Sicherungsgläubigers vorliege [2]. Demgegenüber stellt die in der Literatur herrschende Meinung diese gesetzlichen Pfandrechte den Verfügungen gleich [3]. Der herrschenden Lehre ist zuzustimmen: § 161 BGB erklärt sich nicht aus einer bloßen Beschränkung des Verwaltungsrechts des in der Schwebezeit Berechtigten, sondern sein Recht trägt den "Todeskeim" in sich. Alle von ihm abgeleiteten Rechte über-

---

1) Seite 99
2) im Ergebnis ebenso: Palandt-Putzo § 559 Anm.4
3) Palandt-Danckelmann/Heinrichs § 161 Anm.1; Soergel-Siebert-Metzger § 559 RN.11; Staudinger-Coing § 161 Anm.6; von Tuhr II,2 302; Fuchs ArchbürgR 34,368 ff.

nehmen ihn, gleichviel ob sie durch Verfügung oder kraft Gesetzes entstehen (1). Hat demnach der Sicherungsnehmer die Gegenstände an sich genommen, in seine Mietwohnung gebracht und hat der Vermieter ein Pfandrecht daran erworben (§ 559 BGB), so geht bei auflösend bedingter Sicherungsübereignung das Pfandrecht mit Schuldtilgung unter. Ein gutgläubiger Erwerb des Vermieterpfandrechts ist nicht möglich (2), so daß der Vermieter in jedem Falle sein Pfandrecht verliert. Wird der Pfandverkauf während der Schwebezeit betrieben, wird dieser ebenfalls bei Schuldtilgung nach § 161 BGB unwirksam. Bei gutgläubigem Erwerb des Erstehers kann sich der Sicherungsgeber analog § 1232 aus dem Erlös vor dem Pfandgläubiger vorwegbefriedigen (3).

3.) Besonderheiten bei der Sicherungsabtretung von Forderungen.

Eine Besonderheit ergibt sich für die Sicherungsabtretung von Forderungen. Bei der unbedingten Zession kann der Sicherungsnehmer, da er im Verhältnis zum Schuldner Allein-Gläubiger der Forderung ist, die sicherungshalber übertragene Forderung einziehen, sobald sie fällig ist. Die Tatsache, daß er möglicherweise seinen Verpflichtungen aus der Sicherungsabrede zuwiderhandelt - Einziehung erst bei "Verwertungsreife" - (4), steht der Wirksamkeit der Einziehung nicht entgegen. Der Schuldner hat an den Rechtsinhaber mit befreiender Wirkung geleistet. Im Regelfall wird die Erfüllung der sicherungshalber abgetretenen Forderung zugleich die Tilgung der gesicherten Forderung zur Folge haben. Der Sicherungsgeber ist dann auf einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen den

---

1) Fuchs ArchbürgR 34,423
2) Wolff-Raiser § 163 III 2 S.683; Soergel-Siebert-Metzger § 559 RN.9; Baur 532. - Bei den gesetzlichen Besitzpfandrechten bejaht die h.M. in der Literatur die Möglichkeit redlichen Erwerbs, während der BGH 34,153 diese Ansicht ablehnt. Literaturnachweise bei BGHZ 27,317,324; 34,153,154
3) Georgiades 174
4) Nach Ziffer 21 Abs.3 i.Verb.m. Abs.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken - Schütz, Formularbuch Muster 1 Seite 28 - ist die Bank schon vor Fälligkeit der gesicherten Forderung berechtigt, die ihr zur Sicherheit übertragenen Forderungen einzuziehen.

Zessionar angewiesen. Neben dem Übererlös kann er den Schaden geltend machen, der ihm durch vorzeitige Aufdeckung des Kreditsicherungsverhältnisses entstanden ist.

Theoretisch ist jedoch auch der Fall denkbar, daß vorzeitige Einziehung der abgetretenen Forderung nicht zum Erlöschen der gesicherten Forderung führen soll, insbesondere dann, wenn Schuldner und Sicherungsgeber nicht identisch sind. Der Gläubiger ist dann verpflichtet, nach Tilgung der gesicherten Schuld den eingezogenen Betrag dem Sicherungsgeber auszuhändigen.

Auch bei auflösend bedingter Sicherungsabtretung hat die vorzeitige Erfüllung der sicherungshalber abgetretenen Forderung regelmäßig die Schuldtilgung der gesicherten Forderung, d.h. den Bedingungseintritt, zur Folge. Die Einziehung stellt sich dann nicht als "Zwischen"-Verfügung im Sinne des § 161 BGB dar.

Anders ist es jedoch in dem Ausnahmefall, daß vorzeitiges Einziehen der abgetretenen Forderung nicht den Bedingungseintritt herbeiführen soll. In diesem Falle führt die uneingeschränkte Anwendung des § 161 BGB auf die Einziehung von Forderungen zu unangemessenen Ergebnissen. Die Erfüllung in der Schwebezeit wäre als Zwischenverfügung bei Eintritt der auflösenden Bedingung unwirksam; d.h. der Sicherungsgeber könnte bei Bedingungseintritt vom Schuldner nochmalige Leistung an sich fordern.

Henle [1] schlägt vor, in diesem Fall den Schuldner auf Bereicherungsansprüche (§ 812 Abs.1 Satz 2, 1. Altern. BGB) gegen den Zwischenberechtigten zu verweisen. Eine derartige Lösung würde dem Schuldner ein Risiko auferlegen, während die Vorschriften des BGB gerade davon ausgehen, den Schuldner durch die Forderungsabtretung nicht schlechter zu stellen. Deshalb wollen Hellwig [2] und von Tuhr [3] den Schuldner der sicherungshalber abgetretenen Forderung für die Schwebezeit

1) Lehrbuch 303
2) Anspruch und Klagerecht 214
3) II,2 S.301

von seiner Leistungspflicht befreien. Praktisch wäre dies aber bei länger dauerndem Kreditsicherungsverhältnis bedenklich und könnte u.U. den wirtschaftlichen Verlust der Forderung nach sich ziehen (1).

Um den Schuldner zu schützen, empfiehlt Pohle (2), allgemein § 407 BGB analog anzuwenden, da dem Verpflichteten der endgültige Übergang des Anspruchs unbekannt sei. Auf diese Weise werde die wirtschaftlich ungünstige vorläufige Sperre in der Durchsetzung der Forderung vermieden. Diese Auffassung schafft jedoch ein Risiko für den bedingt berechtigten Sicherungsgeber, gegen das er sich keineswegs immer sichern kann. Sein Recht wäre nicht gewährleistet, wenn der auflösend bedingt berechtigte Sicherungsnehmer über die Forderung vor Eintritt der Bedingung mit Wirkung gegen ihn durch Einziehung verfügen könnte. Da der Gläubiger vom Schuldner die Leistung nur derart verlangen kann, daß völlige Befreiung des Schuldners mit der Leistung eintritt, ist der Sicherungsnehmer vor Eintritt der Bedingung zur Einziehung der Forderung für sich nicht mehr berechtigt (3), es sei denn der Sicherungsnehmer bringt die Einwilligung des bedingt berechtigten Sicherungsgebers bei (4).

Die gerechteste Lösung ergibt sich aus analoger Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch und das Pfandrecht, §§ 1077 und 1281. Hiernach wird jedem der beiden Beteiligten das Recht zugestanden, Leistung zu verlangen, aber nur an beide gemeinschaftlich (5). Diese Auffassung ist zugleich eine Bestätigung der These, daß das Anwartschaftsrecht eine Belastung darstellt (6).

Pohle (7) macht gegen eine dahingehende Analogie geltend, daß dadurch beide Parteien gezwungen seien, den eingezogenen

---

1) Pohle 742
2) Seite 742
3) Flume 704 (Allg.Teil)
4) von Tuhr II,2 S.301 und 313
5) h.L.; vgl. Henke 81; Flume 704 (Allg.Teil); Forkel 208; Blomeyer, Studien II 166 f.
6) Vgl. oben Seite 50
7) Seite 742

Betrag in unwirtschaftlicher Weise festliegen zu lassen. Aber im allgemeinen werden sich Zedent und Zessionar über die Anlegung des Betrages während des Schwebens der Bedingung einigen.

Der Schuldner wird außerdem nach § 407 BGB geschützt. Leistet er in Unkenntnis der auflösenden Bedingung an den Zwischenberechtigten, so muß der Sicherungsgeber die Leistung gegen sich gelten lassen, wenn die Bedingung eintritt.

Auch bei dieser Fallgestaltung erweist sich die auflösend bedingte Sicherungsabtretung als verstärkter Schutz des Sicherungsgebers im Vergleich zur entsprechenden Rechtslage bei unbedingter Sicherungsabtretung. Während der Sicherungsnehmer bei dieser allein die Forderung einziehen kann, bedarf es bei der auflösend bedingten Gestaltung der Mitwirkung des Sicherungsgebers. Damit kommt die auflösend bedingte Sicherungsabtretung weitgehend den Interessen des Sicherungsgebers entgegen. Der Sicherungsnehmer dagegen darf erst bei Verwertungsreife ein berechtigtes Interesse an der alleinigen Einziehung der Forderung haben.

III. Das Recht des Sicherungsgebers vor Schuldtilgung als Kreditsicherungsmittel.

1.) Die Übertragung des Vollrechts durch den Sicherungsgeber als Nichtberechtigter.

Mit fortschreitender Tilgung der Darlehensschuld wächst dem Sicherungsgeber ein wirtschaftlicher Wert zu, ohne daß sich seine rechtliche Stellung verstärkt [1]. Für den Sicherungsgeber kann sich die Notwendigkeit ergeben, diese Vermögensposition wiederum als Sicherungsrecht zu verwenden. Das BGB sieht beim Pfandrecht die Möglichkeit mehrfacher Verpfändung desselben Gegenstandes vor (§§ 1208, 1209, 1232 BGB), wenn dies auch praktisch wenig vorkommen wird, da eine Pfandrechtsbestellung durch Besitzkonstitut nicht möglich ist.

---

1) Mormann 186

Bei der Sicherungsübertragung ist dagegen die Möglichkeit einer mehrfachen gleichzeitigen Übertragung des Eigentums bzw. Rechtes ausgeschlossen. Der Sicherungsnehmer wird Vollrechtsinhaber; damit kann der Sicherungsgeber so lange nicht mehr als Berechtigter über das Sicherungsgut verfügen, bis er wieder nach vollständiger Tilgung, sei es nach Rückübertragung, sei es nach ipso-iure-Rückfall Inhaber des Sicherungsgutes wird. Vor diesem Zeitpunkt wäre eine Übergabe der Sicherungssachen bzw. der Ersatz der Übergabe gemäß § 930 BGB an eine andere Person zum Zwecke der Übereignung in der Person des Sicherungsgebers Zueignung fremder Sachen und damit Unterschlagung (1). Ein Eigentumserwerb des zweiten Sicherungsnehmers käme, wenn die Übereignung durch Einigung und Verabredung eines Besitzkonstituts geschieht, gemäß § 933 BGB nur dann in Betracht, wenn ihm die Sachen nachträglich übergeben werden und er sich zu dieser Zeit noch in gutem Glauben befindet.

Der erste Sicherungsnehmer wird auch nicht unbedingt seine Zustimmung gemäß § 185 BGB zu der Verfügung erteilen, da er damit die Sicherheit aufgeben würde, die er sich erst geschaffen hat (2). Möglich wäre zwar noch, daß der Eigentümer sich damit einverstanden erklärt, daß mit Tilgung seiner Darlehensforderung statt des Sicherungsgebers der zweite Sicherungsnehmer Eigentümer werden soll. Dies würde bei unbedingter Sicherungsübereignung eine vertragliche Einigung über die Abänderung des Sicherungsvertrages bedeuten, bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung auch - bei Einverständnis des zweiten Sicherungsnehmers - eine Abänderung des ursprünglichen Übereignungsvertrages. Hiergegen ist einzuwenden, daß der Zweck der Sicherungsübertragung an den zweiten Sicherungsnehmer eine sofortige Sicherheit erfordert, die er jedoch auf diesem Wege nicht erhält (3). Auch bleibt ein wesentliches Moment bei allen Kreditverträgen, nämlich ihre Geheimhaltung, nicht gewahrt und der Sicherungsgeber von der

---

1) Vgl. OLG Hamburg JW 1931,1630; Spark 67
2) Holtz 34; Kleiber 5
3) Holtz 36

Zustimmung des ersten Sicherungsnehmers abhängig [1].

Die Verfügung könnte jedoch nachträglich wirksam werden, wenn der Sicherungsgeber nach Tilgung der Forderung des ersten Sicherungsnehmers das Sicherungsgut erwirbt (§ 185 Abs.2 Satz 1, 2. Fall BGB). Der Erwerb des zweiten Sicherungsnehmers ist in diesem Falle ein Durchgangserwerb durch die Person des als Nichtberechtigter verfügenden Sicherungsgebers. Damit ist der zweite Sicherungsnehmer der Gefahr ausgesetzt, daß in der Zwischenzeit bis zu seinem Erwerb des Sicherungsguts Gläubiger des Sicherungsgebers die Gegenstände pfänden lassen. Zwar entsteht zunächst mangels Eigentums des Sicherungsgebers nur eine Pfandverstrickung; aus dieser entsteht jedoch ein wirksames Pfändungspfandrecht in dem Augenblick, in dem er Eigentümer wird (analog § 185 Abs.2 BGB). Der zweite Sicherungsnehmer erhält, da er Eigentum nur über die Person des Sicherungsgebers erwerben kann, belastetes Eigentum [2].

Schließlich bietet sich als Möglichkeit die Eigentumsübertragung auf den zweiten Kreditgeber unter der aufschiebenden Bedingung des Erwerbs des Sicherungsgutes durch den Sicherungsgeber. Aber auch in diesem Falle würde das Eigentum zunächst in der Person des Sicherungsgebers entstehen und dann erst auf den Dritten übergehen, denn die Bedingung besteht darin, daß er selbst das Eigentum erwirbt [3]. Es besteht demnach die gleiche Gefährdung durch zwischenzeitliche Pfändungen.

Damit erweist sich die Verfügung über das Vollrecht nicht als brauchbares Sicherungsmittel, da der zweite Kreditgeber fürchten muß, daß diese Sicherung durch Pfändung anderer Gläubiger beeinträchtigt wird, oder da nur durch Zustimmung des ersten Sicherungsnehmers eine wirksame Sicherung herbeigeführt werden kann und er damit seinem ersten Sicherungsnehmer sein Kreditbedürfnis offenbaren muß [4].

---

1) Strohm 51
2) BGHZ 20,101; Palandt-Degenhart § 929 Anm.6 B a ee β; Mormann 188; Holtz 37
3) Vgl. OLG Hamm JW 1931,550
4) Strohm 53 f.

2.) Die Übertragung des Rückgewähranspruchs bei unbedingter Sicherungsübertragung.

Der Sicherungsgeber muß aber die Möglichkeit haben, den vom ersten Sicherungsnehmer nicht ausgenutzten und vertraglich auch nicht ausnutzbaren Wert des Sicherungsgutes als Kreditunterlage zu verwenden. Eine Verwertung dieses Teils des Sicherungsgutes ist ihm vor vollständiger Schuldtilgung nicht gestattet, da es noch dem Sicherungsnehmer gehört.

Als Mittel, diesen Wert nutzbar zu machen, bietet sich bei unbedingter Sicherungsübereignung die Möglichkeit an, den Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers als Mittel der Kreditsicherung zu verwenden. Dieser Anspruch erwächst aus dem Sicherungsvertrag und geht auf Rückübertragung des Treuguts nach Wegfall des Sicherungszweckes (1). Deshalb hat die Übertragung dieses Anspruchs nur dort wirtschaftliche Bedeutung, wo die Aussicht besteht, daß der erste Sicherungsnehmer in kurzer Zeit befriedigt und das Sicherungsgut alsbald wieder zurückverlangt werden kann. Es können sich jedoch Umstände ergeben, die dem Sicherungsgeber die Schuldtilgung unmöglich machen. In diesem Falle ist der erste Sicherungsnehmer nicht gehindert, seine Befriedigung durch Verwertung des Treuguts zu suchen. Gibt er einzelne Stücke, deren Verwertung zur Abdeckung des Kredits nicht erforderlich ist, frei, so sind diese dem zweiten Sicherungsnehmer zu übertragen. Hat der erste Sicherungsnehmer diese Stücke in Unkenntnis der Zession des Rückgewähranspruchs an den Sicherungsgeber zurückübereignet, so kann der zweite Sicherungsnehmer von diesem die Sachen als Bereicherung zurückverlangen gemäß §§ 407, 816 Abs.2 BGB (2).

Ist dagegen dem ersten Sicherungsnehmer eine Freigabe einzelner Stücke nicht möglich, so gebührt dem zweiten Sicherungsnehmer der Erlös-Überschuß. Es handelt sich um einen einheitlichen Rückgewähranspruch, der entweder auf Verschaffung des

---

1) Zur Frage des Entstehungszeitpunkts des Rückgewähranspruchs vgl. oben Seite 92 ff.
2) Spark 37

Treugegenstandes oder auf Auszahlung des Mehrerlöses gerichtet ist [1]. Das gilt auch dann, wenn bei Abtretung des Rückgewähranspruchs überhaupt nicht daran gedacht war, daß der zweite Sicherungsnehmer eine bei der Verwertung des Sicherungsgutes überschießende Geldsumme erhalten könnte.

Erweist sich der Sicherungsvertrag zwischen Sicherungsgeber und erstem Sicherungsnehmer als nichtig, so schuldet letzterer die Rückgewähr zwar nicht auf Grund des Sicherungsvertrages, sondern aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung [2], so daß die Abtretung des Rückgewähranspruchs sich nicht als gegenstandslos erweist.

Die Übertragung des Rückgewähranspruchs geschieht durch formlosen Vertrag gemäß § 398 BGB zwischen Sicherungsgeber und zweitem Sicherungsnehmer. Gegenüber der oben erörterten Übertragung des Vollrechts erweist es sich von Vorteil, daß es keiner Mitwirkung des ersten Sicherungsnehmers bedarf.

Da der Rückgewähranspruch bei Tilgung der Darlehensschuld unmittelbar auf Übertragung an den zweiten Sicherungsnehmer gerichtet ist, wird das Sicherungsgut nicht eine "logische Sekunde" lang Eigentum des Sicherungsgebers [3]. Dies hat vor allem Bedeutung für die zwischenzeitliche Entstehung von gesetzlichen und Pfändungspfandrechten am Sicherungsgut. Solche Rechte können nicht zugunsten sonstiger Gläubiger des Sicherungsgebers entstehen, da dieser niemals Eigentümer wird.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß durch Abtretung des Rückgewähranspruchs der zweite Sicherungsnehmer keine unmittelbar wirkende dingliche Sicherung erhält. Ein unmittelbarer Eigentumsübergang kommt ohne weiteres nicht zustande. Erklärt sich der erste Sicherungsnehmer nicht bereit, das Eigentum an den Zessionar zu übertragen, so ist der neue Gläubiger auf eine Klage angewiesen. Von einer sofortigen Verwertung im

---

1) Reich, Sicherungsübereignung 159; Scholz, Rückgewähranspruch 423 m.w.N.; Serick III 240
2) Vgl. oben Seite 10 f.
3) Nach Reich, Sicherungsübereignung 93 und 96 soll der Zessionar nur nach sog. Durchgangserwerb in der Person des Sicherungsgebers das Sicherungsgut erhalten.

Insolvenzfall kann daher keine Rede sein [1]. Außerdem können Pfändungen sonstiger Gläubiger des Sicherungsgebers zwar kein Pfändungspfandrecht zur Entstehung bringen; aber die öffentlich-rechtliche Verstrickung wird dadurch nicht verhindert. Hiergegen kann nur der erste Sicherungsnehmer auf Grund seines Eigentums gemäß § 771 ZPO intervenieren. Dagegen wird dem zweiten Sicherungsnehmer ein die Veräußerung hinderndes Recht auch bei weitester Auslegung dieses Begriffes vor Rückübertragung des Eigentums an ihn schwerlich zuzubilligen sein [2]. Da die Verwertung der gepfändeten Sache nicht in Ausnutzung des privatrechtlichen Pfandrechts geschieht, sondern auf der Pfandverstrickung beruht [3], ist der zweite Sicherungsnehmer gegenüber Vollstreckungshandlungen sonstiger Gläubiger des Sicherungsgebers praktisch schutzlos.

Ebenso unsicher erweist sich die Rechtsstellung des zweiten Kreditgebers, wenn der bisherige Sicherungseigentümer vor Eigentumsübertragung in Konkurs fällt. Leistung des Veräußerers in Unkenntnis der Zession an den Zedenten oder an einen zweiten Zessionar (§§ 407, 408 BGB) sind weitere Unsicherheitsgründe für die Rechtsstellung des Kreditgebers, die die praktische Verwendung der Sicherungsbestellung durch Abtretung des Rückgewähranspruchs in Frage stellen [4].

3.) Die Übertragung des Anwartschaftsrechts bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung.

Demgegenüber ist die Rechtsstellung des zweiten Sicherungsnehmers günstiger, wenn die erste Sicherungsübereignung auflösend bedingt vereinbart ist. In diesem Falle wird man davon ausgehen müssen, daß der Sicherungsgeber dem zweiten Sicherungsnehmer sein Anwartschaftsrecht übertragen hat. Die Übertragung des Anwartschaftsrechts kann allerdings nicht nach den Vorschriften über die Übertragung von Forderungen und Rechten gemäß §§ 413, 398 BGB erfolgen. Könnte das An-

---

1) Vgl. Holtz 32
2) Derleder BB 1969,731; Otto Lange NJW 1951,751
3) RGZ 156,395
4) Holtz 32; Kleiber 13; Sponholz 12

wartschaftsrecht lediglich durch einen Zessionsvertrag übertragen werden, so würde dies praktisch darauf hinauslaufen, daß bewegliche Sachen lediglich durch eine Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber übereignet werden könnten. Deshalb geschieht die Übertragung dieses Anwartschaftsrechts nach den gleichen Vorschriften, die für die Übertragung des Rechts an der Sache selbst gelten, d.h. also durch Einigung und Übergabe der Sache bzw. Übergabesurrogate (1). Für die Sicherungsübertragung der Anwartschaft wird regelmäßig die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses gemäß § 930 BGB in Betracht kommen, da der Schuldner auch jetzt im Genuß der Sicherungssachen bleiben will, der neue Kreditgeber auch nur Sicherungsinteresse, dagegen kein Besitzinteresse an den Sachen hat. Die Verfügung stellt sich dar als eine solche über ein selbständiges und subjektives dingliches Recht und bedarf keiner Zustimmung des ersten Sicherungseigentümers (2).

Infolge der Anwartschaftsübertragung rückt der Erwerber in die Rechtsstellung ein, die der Sicherungsgeber innehatte. Im Falle der Tilgung der Darlehensforderung des ersten Sicherungsnehmers wäre der Sicherungsgeber sofort Eigentümer geworden. Das gilt jetzt für den Erwerber des Anwartschaftsrechts, d.h. er erhält ein Recht darauf, bei Bedingungseintritt ipso iure Eigentum zu erhalten. In seiner Person entsteht unmittelbar Volleigentum, und der Sicherungsgeber wird niemals Eigentümer, da er mit der Übertragung aus jeder dinglichen Rechtsstellung ausgeschieden ist (3).

Demgegenüber hat Otto Lange (4) die Auffassung vertreten, daß ein unmittelbarer Übergang des Vollrechts auf den zweiten

---

1) RGSeuffA 91,261; BGHZ 28,16,21 f.; Janberg DB 1950,521; Otto Lange NJW 1951,751; Mormann 191; Rautmann NJW 1951,298
2) BGHZ 20,88 gegen RGZ 140,223 für den insoweit gleichzubehandelnden Fall des Anwartschaftsrechts beim Eigentumsvorbehalt; - LG München I WM 1964,1259; Boehmer 151; Mormann 191 für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung
3) LG München I WM 1964,1259; Eichler II,1 129 Anm.160; Henke 46; Holtz DJZ 1934,460; Kleiber 35; Mormann 191; Reich AcP 169,268; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.160; Staudinger-Berg § 929 RN.39
4) NJW 1951,751; ähnlich Hartmann 66 für das Anwartschaftsrecht aus Vorbehaltskauf

Kreditgeber nur bei Zustimmung des ersten möglich sei. Andernfalls werde bei Tilgung des ersten Kredits zunächst der Sicherungsgeber Eigentümer, wenn auch nur für eine "logische Sekunde".

Hiergegen ist einzuwenden, daß im Zeitpunkt des Bedingungseintritts weder die Einigung mit dem ersten Sicherungsnehmer fortbestehen muß, noch mit dem neuen Anwärter eine weitere Einigung abgeschlossen zu werden braucht. Der Eigentümer hat keine Einwirkungsmöglichkeit auf das Schicksal des Anwartschaftsrechts. Im übrigen dürfte es ihm gleich sein, wer bei Bedingungseintritt der Sacheigentümer wird (1). Auch wird durch die Anwartschaftsübertragung der Sicherungsvertrag zwischen dem ersten Sicherungsnehmer und dem Sicherungsgeber nicht berührt. Mit der Übertragung des Anwartschaftsrechts erwirbt der Sicherungsnehmer nur dieses, tritt aber nicht zugleich in die Rechtsstellung des Sicherungsgebers ein (2). Er wird daher nicht zur Zahlung der Darlehensforderung verpflichtet. Damit entfällt das Erfordernis einer Zustimmung des ersten Sicherungsnehmers zur Sicherungsübertragung des Anwartschaftsrechts.

Gegenüber der Sicherungsübertragung des Rückgewähranspruchs bei der unbedingten Sicherungsübereignung erweist sich die Rechtsstellung des zweiten Sicherungsnehmers bei Übertragung des Anwartschaftsrechts aus auflösend bedingter Sicherungsübereignung insofern als günstiger, als er sogleich eine unmittelbar wirkende dingliche Sicherung erhält, die bei Tilgung der Darlehensforderung ipso iure zum Vollrecht erstarkt. Eine Klage auf Übereignung ist nicht mehr erforderlich.

Da der Sicherungsgeber niemals Eigentümer werden kann, braucht der zweite Sicherungsnehmer zwischenzeitlich gegen den Sicherungsgeber ausgebrachte Sachpfändungen sonstiger Gläubiger nicht zu fürchten. Ebensowenig wie bei der Sicherungsübertragung des Rückgewähranspruchs kann bei Übertragung des Anwartschaftsrechts ein wirksames Pfändungspfandrecht entstehen.

---

1) Kleiber 17
2) Mormann 194

Im Gegensatz zur Übertragung des schuldrechtlichen Anspruchs kann jedoch der Anwartschaftserwerber die Unzulässigkeit dieser Pfändung geltend machen. Aus der Tatsache, daß die dinglich gesicherte Rechtsstellung des Sicherungsgebers auf den zweiten Sicherungsnehmer übergegangen ist, ergibt sich, daß ihm die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO zu Gebote steht, und zwar schon bevor der erste Sicherungsnehmer befriedigt ist (1).

Demgegenüber vertritt Mormann (2) die Auffassung, das Anwartschaftsrecht sei in der Hand des zweiten Sicherungsnehmers nicht als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO anzusehen. Das Sicherungsgut gehöre nach wie vor zum Vermögen des ersten Sicherungsnehmers.

Hier ist auf unsere früheren Ausführungen (3) zu verweisen, wonach das Anwartschaftsrecht als ein die Veräußerung hinderndes Recht gelten muß, da nur auf diese Weise der umfassende Schutz, den § 161 Abs.1 Satz 2 BGB dem Anwärter zugedacht hat, gewährleistet ist. Wird aber dem bedingt Berechtigten das Recht zugebilligt, gegen Pfändungen sonstiger Gläubiger des Vollrechtsinhabers zu intervenieren, so muß aus denselben Gründen dem Anwartschaftserwerber das gleiche Recht zustehen, wenn Gläubiger des Anwartschaftserstberechtigten in die Sache vollstrecken. Ebenso ist der Erwerber des Anwartschaftsrechts zur Erhebung der Widerspruchsklage befugt, wenn Gläubiger des Sicherungsgebers das Anwartschaftsrecht pfänden (4).

Schließlich ist die Rechtsstellung des zweiten Sicherungsnehmers im Gegensatz zur unbedingten Sicherungsübereignung auch nicht durch einen Konkurs des ersten Sicherungsnehmers

---

1) Derleder BB 1969,727; Otto Lange NJW 1951,751; ebenso für den insoweit gleich gelagerten Fall des Anwartschaftsrechts aus Eigentumsvorbehalt: LG Köln NJW 1954,1773 mit zust. Anmerkung von Bauknecht aaO.; LG Bückeburg NJW 1955,1156; Blomeyer JZ 1956,416; Palandt-Degenhart § 929 Anm.6 B b aa γ; Staudinger-Berg § 929 Anm.28 d

2) Seite 197; ebenso für das Anwartschaftsrecht aus Eigentumsvorbehalt: OLG München BayZ 1931,29 f.

3) Seite 84

4) LG Bückeburg NJW 1955,1156; Palandt-Degenhart § 929 Anm.6 B b aa γ; Strohm 55 für Eigentumsvorbehalt.

gefährdet. Wie bereits ausgeführt, hindern weder die Vorschriften der §§ 15 und 26 KO [1], noch ein Wahlrecht des Konkursverwalters gemäß § 17 KO [2], daß das Anwartschaftsrecht bei Tilgung der Restschuld in der Person des zweiten Sicherungsnehmers zum Vollrecht erstarkt.

Otto Lange [3] glaubt einen weiteren Unterschied zur unbedingten Sicherungsübereignung darin zu sehen, daß dort der zweite Sicherungsnehmer nichts dagegen unternehmen könne, wenn der Sicherungsgeber dem ersten Sicherungsnehmer die Gegenstände endgültig zum Schätzungswert übertrage. Demgegenüber bedeute eine Übertragung zum Schätzwert bei auflösend bedingter Sicherungsübertragung eine Verfügung des Schuldners über das ihm nicht mehr zustehende Anwartschaftsrecht. Außer im Falle des gutgläubigen Erwerbes des Anwartschaftsrechts durch den ersten Sicherungsnehmer sei keine Übernahme zum Schätzwert möglich. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß eine Übernahme zum Schätzwert dem zweiten Sicherungsnehmer den Zugriff auf den im Sicherungsgut steckenden Wertüberschuß über den Betrag der Forderung des ersten Sicherungsnehmers entziehen würde. Es findet demnach auch bei der unbedingten Sicherungsübertragung eine Verfügung über den Rückgewähranspruch statt, die nicht ohne Mitwirkung des zweiten Sicherungsnehmers geschehen kann.

Wenn sich demnach die auflösend bedingte Sicherungsübereignung günstiger für die Möglichkeit einer Anschlußsicherungsübereignung erweist, so ist doch nicht zu verkennen, daß auch gewisse Nachteile gegenüber der unbedingten Sicherungsübertragung bestehen.

Der Sicherungsgeber, der sein Anwartschaftsrecht bereits auf den zweiten Sicherungsnehmer übertragen hat, ist in der Lage, ihm dieses wieder zu entziehen, wenn er es einem gutgläubigen Dritten erneut überträgt. Praktisch ist dies nur dann möglich, wenn der erste Anwartschaftserwerber auf Grund Analogie zu

---

1) Vgl. oben Seite 58 Anm.3
2) Seite 58 f.; hierzu eingehend Serick III 319 f.
3) NJW 1951,751

§ 930 BGB dieses Recht erworben hatte, der zweite Erwerber das Anwartschaftsrecht durch Einräumung des unmittelbaren Besitzes erhält (§ 932 BGB) [1]. Bei Übertragung des Rückgewähranspruchs aus unbedingter Sicherungsübertragung entfällt dagegen die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs für den zweiten Zessionar.

Problematik bei realer Besitzübergabe:

In diesem Zusammenhang stellt sich bei Übertragung des Anwartschaftsrechts aus auflösend bedingter Sicherungsübereignung ein weiteres Problem: Eine Übertragung unter realer Besitzübergabe greift in den Bereich schutzwürdiger Interessen des ersten Sicherungsnehmers ein. Das Interesse des Sicherungsgebers auf Nutzbarmachung seiner Rechtsposition, wozu auch die ungehinderte Weitergabe des Besitzes gehört, steht dem Interesse des Sicherungseigentümers entgegen, die Sache nicht in Hände Dritter kommen zu lassen. Zwar ist auf seiner Seite kein schutzwürdiges Interesse erkennbar, daß mit Tilgung der restlichen Darlehensforderung das Eigentum gerade auf den Sicherungsgeber übergeht. Wohl aber verlangt das Sicherungsinteresse, daß das Sicherungsgut vor Bedingungseintritt nicht unkontrolliert den Besitzer wechselt. Bei Anwartschaftsübertragung unter Vereinbarung eines Besitzkonstituts stellt sich dieses Problem nicht.

Es wird daher in der Literatur die Auffassung vertreten, der Sicherungsgeber dürfe ohne Mitwirkung des Eigentümers das Anwartschaftsrecht nur ohne reale Besitzübergabe übertragen. Wolle er den unmittelbaren Besitz übertragen, so habe er vorher die Einwilligung des Eigentümers einzuholen [2]. Übertrage er dennoch sein Recht unter Übergabe der Sache ohne diese Zustimmung, so werde dadurch zwar die Wirksamkeit der Übertragung des Anwartschaftsrechts nicht in Frage gestellt, der Eigentümer könne aber unter entsprechender Anwendung des

---

1) Spark 78
2) von Tuhr II,2 306; ebenso für das Anwartschaftsrecht aus Eigentumsvorbehalt: Herboth 111; Hopp 160

§ 986 Abs.1 Satz 2 BGB [1] die Rückgabe des Sicherungsgutes an den Sicherungsgeber verlangen [2]. Für den Bestand des einmal erworbenen Anwartschaftsrechts sei die Innehabung des dauernden Besitzes ebensowenig erforderlich wie beim Eigentum selbst [3]. Deshalb hindere der Besitzverlust auch nicht, daß der Zessionar des Anwartschaftsrechts bei Bedingungseintritt das Vollrecht erlangt.

Um diese Schwierigkeiten bei der Anwartschaftsübertragung zu überwinden, gelangt eine Gegenmeinung zur Annahme eines auf dem Anwartschaftsrecht beruhenden dinglichen Besitzrechts. Es gehe nicht an, den Übergang des Anwartschaftsrechts gemäß §§ 929 ff. BGB an die Besitzverschaffung zu knüpfen, dem Erwerber aber den Fortbestand seines Besitzes nicht zu garantieren. Wenn die Übergabe der Sache zum Entstehungstatbestand eines dinglichen Rechts gehöre, so gewähre das Recht selbst stets auch ein Recht zum Besitz, wie die gesetzlichen Beispiele (Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht) zeigen würden. Der Erwerber des Anwartschaftsrechts als solcher müsse auch imstande sein, diese Besitzstellung bis zum Eintritt der Bedingung zu behaupten. Er könne daher dem Eigentümer gegenüber die Herausgabe der Sache verweigern, weil er auf Grund der dinglichen Anwartschaft auch ihm gegenüber zum Besitz berechtigt sei [4].

---

1) Mangels mittelbaren Besitzes des Sicherungsgebers kommt nur eine analoge Anwendung in Betracht.
2) für den Eigentumsvorbehalt: Herboth 98; Hopp 160; Rühl 97, 107; Strohm 42; Volk 4. Dagegen soll nach von Tuhr II,2 306 Anm.104 der Eigentümer Herausgabe der Sache an sich selbst, nicht an den Anwärter verlangen können. Dem steht entgegen, daß der Sicherungsgeber bei unbefugter Veräußerung nicht schlechter behandelt werden darf, als wenn er die Sachen ebenfalls unbefugt vermietet.
3) Rühl 97
4) so für die Anwartschaft aus Eigentumsvorbehalt: OLG Karlsruhe NJW 1966,886; Bauknecht NJW 1956,1252; Baur 579; Diederichsen 129; Esser, Schuldrecht II 65; Imlau MDR 1961,194; Palandt-Degenhart § 929 Anm.6 B b ee; Soergel-Siebert-Mühl § 929 RN.28; Westermann, Sachenrecht 217; Raiser, Dingl. Anwartschaften 74. Da im Gegensatz zum Eigentumsvorbehalt bei der auflösend bedingten Sicherungsübertragung die dingliche Natur des Anwartschaftsrechts sogar unzweifelhaft ist - vgl. oben Seite 52 ff. -, müßten diese Ausführungen erst recht für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung gelten.

Der Auffassung vom dinglichen Besitzrecht des Anwärters ist entgegenzuhalten, daß der dingliche Besitzanspruch des § 985 BGB dem Anwärter nur dann zustehen kann, wenn man ihn dem Eigentümer verweigert. Denn Eigentümer und Anwartschaftsberechtigter müssen sich in die Rechtstellung teilen, die normalerweise dem Eigentümer allein zukommt. Ein Eigentum ohne Besitzanspruch wäre aber eine mindestens ebenso unerfreuliche Rechtsfigur wie ein Anwartschaftsrecht, das der Dritte nur erwerben kann, wenn er den Besitz erlangt, ohne diesen gegebenenfalls behaupten zu können. Der Hinweis darauf, daß Eigentum und Anwartschaftsrecht den gleichen rechtlichen Charakter haben, kann nicht dazu führen, das Anwartschaftsrecht in allen Punkten dem Eigentum gleichzustellen (1). Außerdem läßt diese Auffassung die berechtigten Interessen des Sicherungseigentümers außer acht. Er will die Möglichkeit haben, auf Grund seines Eigentums die Gegenstände an sich zu nehmen, wenn der Sicherungsgeber seiner Darlehensverpflichtung nicht nachkommt. Damit wäre die Gewährung eines vom Sicherungsvertrag weitgehend losgelösten, in diesem Sinne dinglichen Rechts zum Besitz nicht zu vereinbaren. Es kann ihm nicht gleichgültig sein, bei wem sich das Sicherungsgut befindet. Deshalb müssen die gegenwärtigen Eigentumsbefugnisse dem Sicherungsnehmer selbst zustehen. Das Recht des Anwärters muß insoweit dem stärkeren des Eigentümers weichen (2). Andernfalls wäre der Sicherungszweck in Frage gestellt, wenn der jeweilige Anwärter dem ersten Sicherungsnehmer ein Recht zum Besitz entgegenhalten könnte.

Dem Interesse des Sicherungsgebers, über sein Anwartschaftsrecht unter Überlassung des unmittelbaren Besitzes zu verfügen, wird aber schon durch die Anerkennung eines obligatorischen Besitzrechts Genüge getan. Verlangt der erste Sicherungsnehmer das Sicherungsgut vom Anwartschaftserwerber heraus, so steht ihm analog § 986 Abs.1 Satz 1 2. Altern. BGB eine Einwendung aus dem Besitzrecht des Sicherungsgebers zu,

---

1) Gudian NJW 1967,1787; Stoll JuS 1967,15 ff.
2) Larenz, Schuldrecht II § 39 II c S.85; Reich AcP 169,267; Serick I 272; Staudinger-Berg § 986 RN.14

solange dieser aus dem Sicherungsvertrag zum Besitz berechtigt ist [1]. Das Besitzrecht des Sicherungsgebers erlischt gemäß den Allgemeinen Sicherungsübereignungsbedingungen der Banken [2], wenn der Sicherungsgeber den Kreditvereinbarungen oder seinen Verpflichtungen aus dem Sicherungsübereignungsvertrag oder aus den allgemeinen Sicherungsübereignungsbedingungen nicht nachkommen sollte. In diesem Falle ist die Bank jederzeit berechtigt, das Sicherungsgut in ihren unmittelbaren Besitz zu nehmen sowie es nach billigem Ermessen zu verwerten. Damit kann sich der zweite Sicherungsnehmer nicht mehr auf ein Besitzrecht des Sicherungsgebers berufen und muß das Sicherungsgut dem Eigentümer herausgeben. Das gleiche gilt, wenn die Sicherheit des ersten Sicherungsnehmers durch den Anwartschaftserwerber gefährdet wird, er also beispielsweise in Konkurs gerät oder er mit dem Sicherungsgut unsachgemäß umgeht. Der Sicherungszweck erfordert es, dem Erwerber auch in diesem Falle die Einwendung analog § 986 Abs.1 Satz 1 2. Altern. BGB zu versagen [3]. Die Anwartschaftsübertragung wird dadurch gleichwohl nicht rückgängig gemacht. Mit der Übergabe der Sache an den Erwerber ist die Besitzübergabe als Tatbestandselement der Übereignung gemäß § 929 BGB erfüllt; nicht erforderlich ist, daß der Erwerber dauernd im Besitz der Sache bleibt.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der zweite Sicherungsnehmer bei Übertragung des Anwartschaftsrechts eine unmittelbar wirkende dingliche Sicherung erhält, die ihm als Zessionar des Rückübertragungsanspruchs nicht zukommt. Andererseits besteht aber die Gefahr, daß der zweite Sicherungsnehmer das ihm übertragene Anwartschaftsrecht wegen gutgläubigen Erwerbs durch Dritte verliert; bei Übertragung des Rückgewähranspruchs gibt es keine entsprechende Gefährdung. Die Möglich-

---

1) Diederichsen 132; Georgiades 127; Larenz, Schuldrecht II § 39 II c S.85; die entsprechende Anwendung des § 986 Abs.1 Satz 1 für den Fall, daß der Besitzvorgänger nicht mittelbarer Besitzer ist, ist zulässig, RGZ 105,21.
2) Ziff.10 Abs.1; vgl. Schütz, Formularbuch Muster 462 S.588; ebenso ASÜB der Landesbank und Girozentrale Saar.
3) Vgl. Georgiades 127.

keit gutgläubigen Erwerbs des sicherungshalber übertragenen Rechts durch Dritte ist jedoch bei jeder Sicherungsübereignung gegeben. Diese Gefahr nimmt der Sicherungsnehmer in Kauf, da er die Gegenstände im Besitz des Sicherungsgebers beläßt.

Davon abgesehen erweist sich die Übertragung des Anwartschaftsrechts im Vergleich zu der des Rückübertragungsanspruchs als geeigneteres Kreditsicherungsmittel.

4.) Verwertung des sicherungshalber übertragenen Rechts durch den zweiten Sicherungsnehmer.

Kommt der Sicherungsgeber seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem zweiten Sicherungsnehmer nicht nach, so stellt sich für ihn ebenfalls die Frage der Verwertung. Solange auch die Forderung des ersten Sicherungsnehmers nicht getilgt ist, kann der zweite Sicherungsnehmer das ihm übertragene Recht (Rückgewähranspruch bzw. Anwartschaftsrecht) an einen Dritten verkaufen. Diese Art der Verwertung würde jedoch zu wirtschaftlich ungünstigen Ergebnissen führen. Es wird sich kaum ein Käufer hierfür finden, solange die beiden gesicherten Forderungen noch nicht getilgt sind.

Der zweite Sicherungsnehmer wird daher, wenn ihm der Rückgewähranspruch aus unbedingter Sicherungsübertragung abgetreten war, daran interessiert sein, das ihm übertragene Recht einzuziehen. Diese Art der Verwertung hat jedoch nur dann Erfolg, wenn der Rückgewähranspruch fällig ist. Da eine Übertragung des Rückgewähranspruchs als Sicherungsmittel nur dann in Betracht kommt, wenn er bereits einen nennenswerten Vermögenswert darstellt, wird der zweite Kreditgeber, wenn es dem Sicherungsgeber nicht möglich ist, die Restforderung zu tilgen, im eigenen Interesse gern einspringen und durch Zahlung die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs herbeiführen. Der vom Sicherungsnehmer auf den Zessionar in Erfüllung des Rückgewähranspruchs übertragene Gegenstand wird von dem Sicherungsvertrag zwischen dem Sicherungsgeber und Zessionar erfaßt (1).

---

1) Scholz, Rückgewähranspruch 442

Die Kreditforderung des zweiten Sicherungsnehmers wird nunmehr durch den geleisteten Gegenstand gesichert.

Weigert sich der erste Sicherungsnehmer, die Gegenstände an den Zessionar zu übertragen, so muß dieser auf Rückgewähr des Sicherungsgutes klagen.

Dieser Verpflichtung zur Rückgewähr kann der erste Sicherungsnehmer auch nicht dadurch entgehen, daß er die Zahlung des zweiten Sicherungsnehmers nicht annimmt. Diesem steht ein Befriedigungsrecht in Analogie zu § 1223 Abs.2 BGB zu. Ebenso wie der Verpfänder sich das Pfandobjekt durch Befriedigung des Gläubigers selbst gegen den Willen des Schuldners retten kann, muß auch der Besteller einer fiduziarischen Sicherheit im Zeitpunkt der Verwertungsreife zur Befriedigung des Gläubigers befugt sein, um seinen Rückgewähranspruch zur Geltung zu bringen (1). Dann muß aber die gleiche Befugnis auch dem Zessionar des Rückgewähranspruchs zustehen, selbst wenn das Widerspruchsrecht aus § 267 Abs.2 BGB nicht als mitabgetreten zu gelten hat. Denn ihm ist es ebensowenig zumutbar, nur deswegen die Verwertung des Sicherungsobjekts hinzunehmen, weil der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt (2). Notfalls ist auch hier eine Klage gegen den ersten Sicherungsnehmer auf Rückgewähr des Sicherungsgutes notwendig, und zwar Zug um Zug gegen Zahlung der Restforderung.

Auch bei der auflösend bedingten Sicherungsübertragung ist es für den zweiten Sicherungsnehmer von großer Bedeutung, das Vollrecht zu erlangen. Durch Tilgung der Restforderung des ersten Sicherungsnehmers kann er den Bedingungseintritt und damit seinen Erwerb des Sicherungsgutes herbeiführen. Einer Rückübereignung oder Rückabtretung bedarf es nicht mehr, da der Rechtserwerb ipso iure eintritt. Es zeigt sich auch hier, daß das Anwartschaftsrecht im Vergleich zum Rückgewähranspruch ein geeigneteres Kreditsicherungsmittel ist.

Lehnt der erste Sicherungsnehmer die Annahme der Zahlung ab,

---

1) Vgl. oben Seite 69
2) Scholz, Rückgewähranspruch 429 f.; ebenso im Ergebnis Derleder BB 1969,728; Spark 78

ohne daß der Schuldner widerspricht, so ist in seiner Weigerung ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu sehen, denn es kann ihm gleichgültig sein, an wen nach vollständiger Befriedigung seines Anspruchs das Eigentum übergeht. Die Bedingung gilt deshalb gemäß § 162 Abs.1 BGB als eingetreten (1).

Widerspricht jedoch außerdem der Schuldner der Zahlung des zweiten Sicherungsnehmers, so ist zu berücksichtigen, daß § 267 Abs.2 BGB dem Gläubiger an sich ein Ablehnungsrecht gibt. Dieses läßt sich nicht mit Hilfe der Vorschrift über Bedingungsvereitelung wegfingieren, da keine unzulässige Einflußnahme auf die Bedingung vorliegt.

Mormann (2) will das Befriedigungsrecht aus analoger Anwendung des § 268 BGB herleiten. Diese Bestimmung gewährt ein Befriedigungsrecht, das den Widerspruch des Schuldners unerheblich werden läßt. Zwar droht dem zweiten Sicherungsnehmer der Verlust des - wenn auch nur mittelbaren - Besitzes, aber nicht durch eine vom Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung, wie es § 268 Abs.1 Satz 2 BGB verlangt, sondern durch das Herausgabeverlangen des Sicherungseigentümers zwecks Verwertung. Es erscheint jedoch fraglich, ob durch Analogie der Anwendungsbereich des § 268 BGB so weit ausgedehnt werden kann, daß jeglicher drohende Besitzentzug ein Befriedigungsrecht gibt.

Richtiger erscheint es dagegen, das Befriedigungsrecht ebenso wie bei der Sicherungsübertragung des Rückgewähranspruchs in Analogie zu § 1223 Abs.2 BGB zu gewähren. Die gleichen Argumente, die dort die analoge Anwendung dieser Bestimmung rechtfertigen, gelten auch für die auflösend bedingte Gestaltung der Sicherungsübertragung.

Für das Problem des Befriedigungsrechts des zweiten Sicherungsnehmers besteht insoweit kein Unterschied zwischen beiden Formen der Sicherungsübertragung.

---

1) Sponholz 23; vgl. auch oben Seite 73 für den insoweit gleichgelagerten Fall des Pfandungsgläubigers des Sicherungsgebers.
2) Seite 194

5.) Verpfändung des Rückgewähranspruchs bzw. des Anwartschaftsrechts.

Sowohl der Rückgewähranspruch bei unbedingter Sicherungsübereignung als auch das Anwartschaftsrecht aus auflösend bedingter Sicherungsübereignung sind verpfändbar. Da in beiden Fällen Gegenstand des Pfandrechts ein Recht ist, sind die Bestimmungen der §§ 1273 ff. BGB anwendbar. Die Verpfändung des schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs vollzieht sich durch Einigung der Parteien und Anzeige an den Rückgewährpflichtigen, also an den Sicherungseigentümer, gemäß § 1280 BGB. Gerade diese Pflicht zur Offenlegung wird den Sicherungsgeber veranlassen, statt der Verpfändung die Sicherungsabtretung des Rückgewähranspruchs zu wählen.

Die Bestellung des Pfandrechts am Anwartschaftsrecht aus auflösend bedingter Sicherungsübertragung erfolgt gemäß § 1274 Abs.1 BGB nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften, also durch Einigung der Parteien über das Entstehen des Pfandrechts und durch Übergabe des Sicherungsgutes. Da die Übergabe nicht durch die Vereinbarung eines Besitzkonstituts ersetzt werden kann, wird eine Verpfändung nur in den seltenen Fällen in Betracht kommen, wo der Sicherungsgeber den Besitz entbehren kann.

Auch stellt sich in diesen Fällen das gleiche Problem des Besitzrechts des Pfandgläubigers gegenüber dem Herausgabeverlangen des Sicherungseigentümers. Ist dieser in der Lage, sein Verlangen auf Herausgabe an den Sicherungsgeber jederzeit durchzusetzen, so ist im Hinblick auf § 1253 BGB die Folgerung unabweislich, daß damit das Pfandrecht erlischt. Es liegt eine bewußte Rückgängigmachung des Pfandbesitzes vor. Das Motiv dafür ist ebenso unerheblich wie der mangelnde Wille, das Pfandrecht aufzugeben [1].

Dem Pfandgläubiger kann aber ebensowenig ein dingliches Besitzrecht am Anwartschaftsrecht gegenüber dem Eigentümer zustehen wie dem Anwartschaftserwerber; insoweit kann auf die

---

1) RGZ 57,323; Bauknecht NJW 1955,1252; Palandt-Degenhart § 1253 Anm.1 a

obigen [1] Ausführungen verwiesen werden. Er hat lediglich ein aus dem Besitzrecht des Sicherungsgebers abgeleitetes obligatorisches Recht zum Besitz. Da sich aus den Sicherungsübereignungsbedingungen das Recht des Sicherungseigentümers ergibt, schon bei geringfügigen Verstößen des Sicherungsgebers gegen die Vereinbarungen das Sicherungsgut an sich zu nehmen [2], erweist sich das Recht des Pfandgläubigers als sehr gefährdet. Man kann diesem Ergebnis auch nicht vorwerfen, daß es unbillig sei. Der Pfandgläubiger eines Anwartschaftsrechts weiß ja genau, was für ein prekäres Recht er erwirbt [3].

Beim Vergleich zwischen unbedingter und auflösend bedingter Sicherungsübereignung zeigt sich, daß weder der Rückgewähranspruch noch das Anwartschaftsrecht sich in der Praxis zur Verpfändung eignen. Die Gründe dafür sind bei beiden Gestaltungsmöglichkeiten verschieden. Lediglich im Ergebnis kann gesagt werden, daß die auflösend bedingte Sicherungsübertragung dem Sicherungsgeber insoweit keine bessere Rechtsstellung gibt als die unbedingte.

Die Verwertung des Pfandrechts geschieht im Falle unbedingter Sicherungsübereignung durch Einziehung des Rückübertragungsanspruchs gemäß §§ 1281,1282 BGB, je nachdem ob die Forderung des Pfandgläubigers noch nicht oder schon fällig ist. Eventuell ist eine Klage gegen den Sicherungsnehmer erforderlich. Diese hat jedoch erst nach Tilgung der Forderung des Sicherungsnehmers Aussicht auf Erfolg. Mit der Leistung erwirbt der Sicherungsgeber sein Eigentum zurück, der Pfandgläubiger ein Pfandrecht daran (§ 1287 Abs.1 Satz 1 BGB).

Wird die Forderung des Sicherungsnehmers nicht getilgt, so geht das Pfandrecht nicht ohne weiteres unter, wenn der Sicherungsnehmer die Gegenstände verwertet. Da es sich um einen

---

1) Seite 118
2) siehe oben S.119; vgl. auch Ziffer 4 der allgemeinen Sicherungsübereignungsbedingungen, wonach der Sicherungsgeber das Sicherungsgut an der im Vertrag bezeichneten Lagerstelle zu belassen hat; Schütz, Formularbuch Muster 462, Seite 587; auch ASÜB der Landesbank und Girozentrale Saar
3) Gudian NJW 1967,1788 Anm.21

einheitlichen Rückgewähranspruch handelt, der entweder auf Verschaffung des Sicherungsgutes oder auf Auszahlung des Mehrerlöses gerichtet ist [1], bleibt das Pfandrecht an der Forderung auf etwaigen Erlös-Überschuß bestehen.

Beim Pfandrecht am Anwartschaftsrecht aus auflösend bedingter Sicherungsübereignung ist zu unterscheiden, ob die Verwertung vor oder nach Eintritt der Bedingung geschehen soll. Im ersten Fall geht die Verwertung nach § 1277 BGB nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften vor sich, also durch Pfändung des Anwartschaftsrechts. Damit ist im Gegensatz zur unbedingten Sicherungsübertragung eine Verwertung durch den Pfandgläubiger schon vor Tilgung der Forderung des Sicherungsnehmers möglich.

Ist aber während der Verpfändung das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht erstarkt, so geht das Pfandrecht an ihm nicht etwa unter, sondern es wandelt sich ebenfalls in ein Pfandrecht am Volleigentum um. Anders als bei der unbedingten Sicherungsübertragung bedarf es in keinem Fall einer Klage gegen den Sicherungsnehmer. An sich liegt der Fall des § 1287 BGB nicht vor, da keine Leistung stattfindet. Wegen der großen Ähnlichkeit - bei § 1287 BGB wird die Rechtsumwandlung durch die Leistung des Schuldners bewirkt, während sie hier kraft Gesetzes eintritt - erscheint eine analoge Anwendung geboten [2]. Die Verwertung erfolgt dann nach den für die Sachverwertung geltenden Vorschriften.

Bei Bedingungsausfall geht das Anwartschaftsrecht und damit das Pfandrecht an ihm unter. Eine Surrogation derart, daß nunmehr ein Pfandrecht an der Forderung auf Erlös-Überschuß besteht, tritt nicht ein. Hierzu bedarf es einer ausdrücklichen Einigung und der Anzeige an den Sicherungseigentümer gemäß § 1280 BGB. Damit steht sich der Pfandgläubiger des Anwartschaftsrechts ungünstiger, als wenn ihm nur der Rückübertragungsanspruch verpfändet wäre, da sich dort das Pfandrecht

---

1) Vgl. oben Seite 109 f.
2) h.M.; vgl. Holtz 52; Palandt-Degenhart § 929 Anm.6 B b cc; Spark 84

an der Forderung auf Erlös-Überschuß fortsetzt.

6.) Praktische Bedeutung des Anwartschaftsrechts als Kreditsicherungsmittel.

Es ist nun gegen die Verwendung des Anwartschaftsrechts als Kreditsicherungsmittel vorgebracht worden, daß damit der Kreditnehmer durch die gleiche Sache von verschiedenen Seiten Kredit erlangen könne. Beide Kreditgeber seien auf ein und dieselbe Sache als Sicherheit angewiesen. Bei einem finanziellen Zusammenbruch habe einer von beiden mit Sicherheit das Nachsehen. Deshalb entspreche die doppelte Kreditsicherung durch den gleichen Gegenstand nicht den Interessen der allgemeinen Wirtschaft (1).

Dem ist entgegenzuhalten, daß das Anwartschaftsrecht aus auflösend bedingter Sicherungsübertragung erst dann als Kreditsicherungsmittel in Betracht kommen wird, wenn die Darlehensforderung des ersten Sicherungsnehmers schon zu einem erheblichen Teile erfüllt ist. Denn je geringer der zu zahlende Restbetrag im Einzelfall ist, um so näher kommt der Vermögenswert des Anwartschaftsrechts dem des Vollrechts gleich. Dadurch kann der Kreditwert der Sache voll ausgeschöpft werden. Der neue Kreditgeber wird auch nur so viel Geld kreditieren, daß er ohne Verlust den ersten Kreditgeber an Stelle des Sicherungsgebers befriedigen kann, d.h. auch wegen dieser Leistung durch das Sicherungsgut gedeckt ist (2). Die Verwendung des Anwartschaftsrechts als Kreditsicherungsmittel erscheint daher wirtschaftlich nicht als ungesund (3).

Es ist allerdings zuzugeben, daß die praktische Bedeutung des Anwartschaftsrechts als Kreditsicherungsmittel nur gering ist. Das Anwartschaftsrecht aus auflösend bedingter Sicherungsübertragung wird nur als letztes Sicherungsmittel in Betracht kommen, soweit keine anderen vorhanden sind. Erst wenn die gesamte entbehrliche Habe bereits an einen Kreditgeber zur Sicherung übereignet ist und wenn Personal- und Immobi-

---

1) Kruschewski 66 f.
2) Scholz, Rückgewähranspruch 428; Spark 80
3) Holtz 18; Schwister DJZ 1934,1026

liarkredit bereits geschwunden sind, wird das Anwartschaftsrecht als Grundlage der Kreditsicherung Verwendung finden [1]. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß die Sicherungsübertragung nicht immer zur Sicherung eines einmaligen und ratenweisen getilgten Kredits dient, sondern auch zur Deckung eines Kontokorrents verwendet wird. In einem solchen Falle ist es dem Sicherungsgeber unbenommen, den Wert seines Anwartschaftsrechts dadurch zu mindern, daß er neue Kredite im Rahmen des Kontokorrents in Anspruch nimmt. Es wird sich daher kein Kreditgeber finden, der ein derartiges Anwartschaftsrecht als Kreditunterlage akzeptieren wird.

Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, daß Sicherungseigentümer wegen der Gefahr der Nichtigkeit der Sicherungsübereignung bei Übersicherung (Knebelung) [2] darauf bedacht sind, daß ihnen nur so viel übereignet wird, wie sie unter Berücksichtigung einer angemessenen Übersicherung als Sicherung gebrauchen. Wie bereits oben ausgeführt [3], ist ein dahingehender Teilfreigabeanspruch des Sicherungsgebers zu bejahen. Wenn der erste Sicherungsnehmer aber Teile des Sicherungsgutes dem Schuldner zurückgewährt, so wird in diesem Maße der Vermögenswert des Anwartschaftsrechts gemindert. Der Sicherungsgeber erhält das Volleigentum an einzelnen Gegenständen; während er nur mehr ein Anwartschaftsrecht auf den Rückerwerb der übrigen Gegenstände innehat. Der Wert dieses Anwartschaftsrechts wird fast der Höhe der gesicherten Forderung gleichkommen, so daß die Benutzung des Anwartschaftsrechts als Unterlage für einen ferneren Kredit praktisch nicht in Frage kommt [4].

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Übertragung - nicht die Verpfändung - des Anwartschaftsrechts aus auflösend bedingter Sicherungsübereignung sich im Vergleich zu der des Rückgewähranspruchs als geeigneteres Kreditsicherungsmittel

---

1) Holtz 18; Volk 11
2) Vgl. oben S.62 Anm.5; BGH NJW 1952,1169; BGHZ 19,18; BGH NJW 1962,102
3) Seite 63
4) ebenso Schütz NJW 1957,1542

erweist, daß jedoch die praktische Bedeutung eines derartigen Sicherungsbehelfes sehr gering ist.

5. Kapitel:

Ist die Sicherungsübertragung "im Zweifel" auflösend bedingt?

In Rechtsprechung und Literatur wird verschiedentlich die Auffassung vertreten, die Sicherungsübertragung sei ihrem Wesen nach auflösend bedingt vom Wegfall des Sicherungszweckes, zumindestens sei eine dahingehende Vereinbarung im Zweifel als gewollt anzunehmen (1). Die überwiegende Meinung lehnt diese Auffassung ab und faßt die Sicherungsübertragung als regelmäßig unbedingte Rechtsübertragung mit bloß schuldrechtlicher Rückübertragungspflicht auf (2). Im Folgenden soll geprüft werden, welcher dieser Auffassungen der Vorzug zu geben ist.

---

1) so ohne Begründung: für die Sicherungsübereignung: RFH JW 1928,1619; Kahn DJZ 1903,125; Levin JW 1912,118; Melsheimer 5; Raiser, Dingl. Anwartschaften 18; Schless 73 Anm.19; Eichler II,1 129; für die Sicherungsabtretung: RG JW 1910,230 Nr.6; weitere Vertreter dieser Meinung werden im Rahmen der folgenden Untersuchungen zitiert.

2) so ohne Begründung: für die Sicherungsübereignung: Achilles-Greiff-Leiss § 930 Anm.7 D II; Blomeyer, Studien II 253 Anm.1 und 258 Anm.3; Enneccerus-Nipperdey II § 148 II 1 bβ Anm.38 S.925 und § 148 II 2 Anm.46 S.926; Erman-Westermann Anh.3 zu §§ 929-931; Fischbach 227; Planck-Brodmann-Strecker § 930 Anm.4; Reich AcP 169,256; ders. Sicherungsübereignung 24; RGRK-BGB-Johannsen § 930 Anm.40; RGRK-HGB-Ratz § 368 Anh.99; Salinger 424; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.10; Schöny ArchbürgR 35,306; Serick II 76; Siebert 229 und 407; Soergel-Siebert-Mühl § 930 Anm.26; Sponer 167; Staudinger-Berg § 929 RN.39; von Tuhr II,2 S.198 Anm.71 und S.274 Anm.26; Westermann, Sachenrecht 211; Zunft NJW 1958,1219; - für die Sicherungsabtretung: RGZ 24,163; 99,143; 102,386; RG Warn 1914,330; RG JW 1929,182 f. = RG SeuffA 83 Nr.64; OLG Dresden 23,18; BGH WM 1960,1407 f.; Enneccerus-Lehmann § 79 IV 1, S.320; Esser, Schuldrecht I 411; Larenz, Schuldrecht I 406; Leonhard 674; Palandt-Heinrichs § 398 Anm.6; RGRK-BGB-Löscher § 398 Anm.37; Richter, Gruchot 60,773; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.244; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 398 RN.17; Staudinger-Spreng § 1279 RN.2; auch hier werden weitere Vertreter dieser Auffassung im Rahmen der folgenden Untersuchung zitiert werden.

I. Der Sicherungsvertrag als Ausgangsbasis.

1.) Die ausdrückliche Parteiabrede.

Da die Übertragung des Eigentums bzw. sonstiger Rechte nicht von Natur aus zu den Sicherungsrechten gehört, sondern erst auf Grund Parteiabrede dazu bestimmt wird, richtet sich in jedem Falle das Rechtsverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer in erster Linie nach dem zwischen ihnen geschlossenen Sicherungsvertrag (1). Hierbei bleibt ihnen bei der Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen auf der Grundlage der unser Recht beherrschenden Vertragsfreiheit völlig freie Hand. Es ist ihnen unbenommen, das Eigentum auflösend bedingt durch den Wegfall der Forderung auf den Sicherungsnehmer zu übertragen oder dem Sicherungsgeber nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung des Sicherungsgutes für den Fall der Tilgung zu belassen.

Es ist nun allerdings zu berücksichtigen, daß die Formularverträge der Banken, die den überwiegenden Teil aller Sicherungsgeschäfte tätigen, regelmäßig die Sicherungsübertragung in ihrer unbedingten Ausgestaltung vorsehen (2). Die Banken verschaffen sich damit eine stärkere Rechtsposition als bei der bedingten Sicherungsübertragung. Aber als die wirtschaftlich Stärkeren sind sie in der Lage, den Kreditnehmer vor die Alternative zu stellen, sich entweder diesen Allgemeinen Sicherungsübereignungs- bzw. Sicherungsabtretungs-Bedingungen zu unterwerfen oder auf die Gewährung des Kredits zu verzichten. Hier stellt sich das Problem, ob eine derartige Klausel in den Formularverträgen für den Kreditsuchenden überhaupt verbindlich ist. Nach der Auffassung von Boehmer (3) sollte eine zweckgerechte Auslegung, selbst wenn sich die Formulare vielleicht anderer Ausdrücke bedienten, den Rückfall des Eigentums nach Schuldtilgung in die Rechtsfigur einer auflösenden Bedingung kleiden.

---

1) RGZ 143,113,116 f.; RG HRR 1941, Nr.682; Staudinger-Berg § 929 Anm.39; Wolff-Raiser § 179 III S.735
2) Vgl. oben Seite 6
3) 164; ähnlich auch schon Spark 16

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat verschiedentlich [1] einen Sittenverstoß nach § 138 Abs.1 BGB bejaht, wenn ein Unternehmer unter Ausnutzung einer Monopolstellung dem schwächeren Partner unverhältnismäßige und unbillige Opfer auferlegen will. Die formularmäßige Vereinbarung einer unbedingten Sicherungsübertragung bedeutet jedoch keine Knebelung des Schuldners, da es bereits an dem Erfordernis der übermäßigen Einschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit fehlt [2]. Die Rechte, die sich eine Bank bei der Hereinnahme von Sicherheiten ausbedingt, geben ihr im allgemeinen nicht mehr, als sie sich notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung selbst verschaffen könnte.

Heute stellt der Bundesgerichtshof [3] weniger auf die sittenwidrige Ausnutzung einer Monopolstellung ab, sondern führt im Anschluß an Larenz [4] bei derartigen Formularverträgen größeren Umfangs den Rechtsgedanken des § 315 BGB an. Dort sieht das Gesetz für den Fall, daß die Leistung einseitig durch eine Partei bestimmt wird, vor, daß eine unbillige Bestimmung der Leistung unverbindlich ist; ebenso muß hier, wo auch der Vertrag infolge des wirtschaftlichen Übergewichts des einen Teils nicht frei ausgehandelt werden konnte, sondern praktisch einseitig bestimmt wird, eine unbillige Bestimmung unverbindlich sein. Als Maßstab gilt, ob die Belange beider, an dem Geschäftsvorgang beteiligten Vertragsseiten nach Maßgabe von Treu und Glauben angemessen berücksichtigt werden [5].

Es läßt sich jedoch nicht sagen, daß die Vereinbarung der unbedingten Sicherungsübertragung im Vergleich zur auflösend bedingten Gestaltung eine ungerechte und unbillige Verteilung der Rechte und Pflichten enthält. Nach Ziffer 11 der Allgemeinen Sicherungsübereignungs-Bedingungen und Ziffer 19 Abs.7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken [6] verpflichtet sich die Bank jederzeit zur Freigabe der Sicherungsgegen-

---

1) RGZ 62,264; RG JW 1931,2719; RG JW 1934,473
2) RGZ 130,143
3) BGHZ 38,183,185; 41,151,154
4) Schuldrecht I § 6 III S.70 f.
5) LG Tübingen NJW 1964,1799
6) Schütz, Formularbuch Muster 462 S.588 und Muster 1 S.25

stände, soweit der Wert des Sicherungsgutes die Deckungsgrenze überschreitet. Schon darin liegt ein genügender Ausgleich der Interessen des Sicherungsgebers. Die Vornahme einer unbedingten Sicherungsübertragung ist gegenüber der Bedingungskonstruktion für den Sicherungsgeber nicht unzumutbar. Die Möglichkeit, daß ein Treugeber einem Treuhänder Treugut zu vollem Recht mit lediglich schuldrechtlicher Zweckbindung überträgt, ist gewohnheitsrechtlich anerkannt (1). Auch bei unbedingter Übertragung rechtfertigt der Sicherungsvertrag nur ein zeitlich beschränktes Behaltendürfen des Sicherungsgutes. Damit steht die formularmäßige Vereinbarung einer schuldrechtlichen Rückübertragungspflicht durchaus im Einklang mit dem Gerechtigkeitsprinzip unserer Rechtsordnung (2).

Es entscheidet demnach allein selbst bei formularmäßigem Abschluß der Inhalt der Sicherungsabrede, ob eine bedingte oder unbedingte Übertragung vorgenommen wird (3). Man soll nicht ohne Not versuchen, den Parteierklärungen einen anderen Inhalt zu geben, als ihrem Wortlaut zwanglos entspricht. Würde man gegen den ausdrücklichen Wortlaut der Formulare die Sicherungsübertragung als auflösend bedingt konstruieren, so würde man sich über den Parteiwillen hinwegsetzen, was einen Eingriff in den Grundsatz der Vertragsfreiheit bedeutet (4).

2.) Die stillschweigende Parteiabrede.

Nicht selten wird es jedoch an einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien darüber fehlen, ob bei Tilgung der gesicherten Forderung das Sicherungsgut automatisch zurückfallen soll oder ob es einer Rückübertragung bedarf. Von einigen Befürwortern der auflösend bedingten Sicherungsübertragung wird darauf hingewiesen, daß in solchen Fällen die Parteien stillschweigend das Sicherungsgeschäft mit der rechtsgeschäftlichen Bedingung versehen hätten: "Wenn die Schuld bezahlt ist,

---

1) statt aller: Serick II 71
2) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 346 RN.101 und 103
3) RGZ 55,394; Düringer-Hachenburg-Hoeniger Vorb.125 zu § 368; Eichler II,1 129
4) Hagedorn 38; Henke 47 Anm.62; Heydegger 62; Schütz NJW 1957,1542; Selb 15; Serick II 76

soll der alte Rechtszustand wieder eintreten [1]."

Nun ist in der Tat zuzugeben, daß Bedingungen von den Parteien nicht nur ausdrücklich bestimmt werden, sondern auch stillschweigend erklärt werden können [2]. Auf die Setzung derartiger Bedingungen finden aber die Grundsätze über stillschweigende Willenserklärungen Anwendung [3]. Das bedeutet, daß ein vorhandener rechtsgeschäftlicher Wille durch ein Verhalten geäußert sein muß, das den Schluß auf das Vorhandensein eines dahingehenden Geschäftswillens zuläßt [4]. Dieser Wille kann sich aus dem Zusammenhang der rechtsgeschäftlichen Regelung oder aus den Umständen der Geschäftsvornahme ergeben. In jedem Falle müssen aber konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben sein, daß die Parteien sich auch ohne wörtliche Hervorhebung darüber einig waren, daß mit der Tilgung das Sicherungsgut ipso iure zurückfallen soll. Nur unter dieser Voraussetzung kann auf einen dahingehenden Rechtsfolgewillen der Parteien geschlossen werden [5].

a) Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt als auflösend bedingte Rückübereignung.

Ein solcher Anhaltspunkt für die Annahme der Bedingtheit ist beispielsweise die Tatsache, daß die Parteien nach vorbehaltlosem Verkauf und bedingungsloser Übereignung einer Sache vereinbaren, daß das Eigentum an der Kaufsache nun wieder dem Verkäufer zustehen soll, jedoch mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises endgültig auf den Käufer übergehen soll. Die Vertragspartner wollen damit nachträglich die gleiche Situation wie bei § 455 BGB erreichen (sog. nachträglicher Eigentumsvorbehalt).

---

1) Luetgebrune 54; Spark 15
2) OLG Hamburg 8,23; LG Münster NJW 1962,1445; Enneccerus-Nipperdey II § 194 II 2 d S.1187; Regelsberger IhJb.44,413; Soergel-Siebert-Knopp § 158 RN.1
3) Planck-Flad § 158 Anm.5
4) Enneccerus-Nipperdey II § 153 II S.943; Larenz Allg.Teil 360; RGRK-BGB-Krüger-Nieland Vor § 116 Anm.5; Staudinger-Coing Vorb.3 f. vor § 116
5) Larenz aaO.

Begrifflich kann es sich jedoch nicht um einen Vorbehalt des Eigentums handeln, da es dem Verkäufer zur Zeit der Vereinbarung gar nicht mehr zusteht. Der Verkäufer hat seine Verpflichtung, dem Käufer bei Zahlung des Kaufpreises Eigentum zu verschaffen, schon durch die unbedingte Übereignung erfüllt. Diese Verpflichtung kann daher sinnvoll erst wieder begründet werden, wenn der Verkäufer das Eigentum wieder erlangt hat, was aber eine gültige Rückübereignung voraussetzt (1). Diese Rückübereignung kann aber, da der Käufer im Besitz der Sache bleiben soll, nur im Wege eines sog. Besitzkonstituts gemäß § 930 BGB geschehen.

Demgegenüber hält Hefermehl (2) die Vornahme zweier Übergabeakte für eine nutzlose Formalität, der jede Publizitätswirkung fehle. Deshalb bedürfe es überhaupt keiner Übergabeakte, woraus weiter folge, daß sich auch eine Ersatzübergabe nach §§ 930 und 929 Satz 2 BGB erübrige. Zur Erreichung des von den Parteien erstrebten Erfolges genüge die bloße Einigung.

Hiergegen ist einzuwenden, daß bei der Rückübereignung die sachenrechtlichen Vorschriften über den Eigentumsübergang nicht außer acht gelassen werden dürfen. Auf die Vereinbarung des Besitzkonstituts als Übergabesurrogat kann daher nicht verzichtet werden. Der bloße Konsens widerspricht dem Publizitätsprinzip. Hinsichtlich der Begründung dinglicher Rechte ist das Sachenrecht streng formalistisch. Dies läßt sich nicht durch Zweckmäßigkeitserwägungen umgehen.

Die Rückübereignung vom Käufer auf den Verkäufer läßt sich jedoch nicht durch einen Rechtsakt gleichzeitig mit einer abermaligen suspensiv bedingten Rückübereignung vom Verkäufer an den Käufer vornehmen. Das ist juristisch unmöglich, denn dann müßte die Einigung den doppelten Zweck erfüllen, zunächst die Rückübereignung zu bewirken und dann den Übergang des Eigentums auf den Käufer im Sinne des § 455 BGB zu hemmen. Diese entgegengesetzten, zu beiden Übereignungsakten erforder-

---

1) BGH NJW 1953,217,218; Larenz, Schuldrecht II § 39 II a S.80; RGRK-HGB-Würdinger Vorb.373 Anm.51 a
2) Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anh.11

lichen Einigungserklärungen widersprechen sich [1].

Der Parteiwille, die Rückübereignung nur bis zur vollständigen Tilgung des Kaufpreises vorzunehmen und danach das Eigentum wieder auf den Käufer übergehen zu lassen, wird am besten durch eine auflösend bedingte Eigentumsübertragung erreicht. Die Parteien sagen auch nicht ausdrücklich, sie seien sich darüber einig, daß das Eigentum auf den Verkäufer übergehe, und zugleich wieder darüber, daß es unter Suspensivbedingung vollständiger Zahlung auf den Käufer zurückübertragen werde. Sondern sie bringen nur zum Ausdruck, daß der Verkäufer in einer gleichen rechtlichen Stellung wie beim rechtzeitigen Eigentumsvorbehalt bleiben solle. Die durch auflösend bedingte Rückübereignung geschaffene Rechtslage kommt dem Tatbestand des § 455 BGB am nächsten [2].

b) Das konkrete Besitzmittlungsverhältnis (Sicherungsvertrag).

Die Rechtsprechung argumentiert nun, daß es an dem für die Übereignung durch Besitzkonstitut notwendigen konkreten Besitzmittlungsverhältnis fehle [3]. Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt sei kein ähnliches Verhältnis im Sinne des § 868 BGB, da er ein abstraktes constitutum possessorium bedeute, welches zur Begründung mittelbaren Besitzes ungeeignet sei. Es sei weder ein Nutzungsrecht noch eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet. Eine Veränderung der bestehenden Verhältnisse sei nur in der Willenslage der Parteien eingetreten [4].

Dieser Auffassung wird im Schrifttum entgegengehalten, daß es Inkonsequenz sei, beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt das Vorhandensein eines konkreten Rechtsverhältnisses zu leugnen, während der rechtzeitige Eigentumsvorbehalt ein Besitzmitt-

---

1) OLG Dresden SeuffA 67 Nr.187; Jansen 11; Müller 44; Wobbe 15
2) Serick I 93; Böcker 20; Brügmann 10; Lauenroth 56; Wobbe 17
3) RGZ 49,170; 54,396,398; BGH NJW 1953,217; ebenso: Planck-Knoke § 455 Anm.8; Staudinger-Berg § 930 RN.5; Hachenburg DJZ 1903,436 ff.
4) RGZ 49,170; 54,396,398

lungsverhältnis erzeuge. Die Vereinbarung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts bewirke eine Inhaltsänderung des fortbestehenden Kaufvertrages: der Käufer besitze in Zukunft nur mehr als Fremdbesitzer für den Vorbehaltsverkäufer. Die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers, die durch Erfüllung bereits untergegangen war, lebe wieder auf. Dieses, durch die Hinzufügung eines Eigentumsvorbehalts nachträglich abgeänderte Kaufverhältnis selbst schaffe ein neues, das Besitzkonstitut rechtfertigende Besitzmittlungsverhältnis (1).

Hiergegen ist einzuwenden, daß die nachträgliche Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts eine später abgeschlossene, völlig neue Vereinbarung ist. Sie ist nicht nur äußerlich von dem alten Kaufvertrag getrennt, sondern sie stellt auch inhaltlich einen besonderen neuen Vertrag dar. Er ist lediglich auf die Besitz- und Gebrauchsüberlassung gerichtet und soll dem Verkäufer das Eigentum an der Kaufsache unter der auflösenden Bedingung vollständiger Schuldtilgung zurückübertragen. Der ursprüngliche Kaufvertrag wird unberührt gelassen (2). Die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers ist einmal erfüllt; eine erneute bedingte Verpflichtung kann nicht durch Änderung des Kaufvertrages wiederaufleben, sondern muß neu begründet werden.

Infolgedessen kann nicht der Kaufvertrag ein konkretes Besitzmittlungsverhältnis begründen, sondern nur diese nachträgliche Vereinbarung (3). Diese wird in der Literatur häufig als ein der Leihe ähnliches Verhältnis bezeichnet (4). Sie enthalte die Vereinbarung eines Gebrauchsüberlassungsvertrages, wonach der Käufer von jetzt ab - ähnlich dem Entleiher - dem Verkäufer gegenüber zum Besitz auf Zeit, nämlich bis zur Tilgung des Kaufpreises, berechtigt sein soll (5).

---

1) Eichler II,1 119 Anm.108; Flechtheim JW 1911,347; Larenz, Schuldrecht II § 39 II a S.80; Raiser NJW 1953,217; R.Schmidt MDR 1955,447; Serick I 93; Soergel-Siebert-Mühl § 929 RN.22; Westermann, Sachenrecht 84
2) Böcker 33; Scheff 40; Senf 32
3) RGRK-HGB-Würdinger Vorb. § 373 Anm.51 a
4) Enneccerus-Lehmann § 118 II,2 S.479; Staudinger-Ostler § 455 RN.14
5) Vgl. Simmet JW 1911,707; Böcker 31

Die Rechtsprechung hat sich in einzelnen Entscheidungen dieser Ansicht angeschlossen (1).

Dieser Vertrag wird aber nicht deshalb abgeschlossen, um dem Käufer ein Gebrauchsrecht zu überlassen, da er bisher schon die Kaufsache in Gebrauch hatte. Im Vordergrund steht die Sicherungsfunktion dieser Abrede. Diese ist beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt dieselbe wie bei der Sicherungsübereignung. Hier wie dort geht es darum, daß eine Vereinbarung getroffen wird, wonach der unmittelbare Besitzer die Sache in Zukunft für den Kreditgeber besitzen soll und diesem die Möglichkeit zur späteren Verwertung der Sache offenhält. Zur Sicherung einer schon bestehenden Forderung wird eine im Eigentum des Schuldners befindliche Sache an den Gläubiger sicherungshalber übereignet. Diese Vereinbarung bedeutet aber nichts anderes als ein Sicherungsvertrag, wonach das Eigentum am Sicherungsgegenstand mit vollständiger Schuldtilgung ipso iure wieder an den Käufer zurückfallen soll (2).

Daß ein Sicherungsverhältnis als konkretes Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 BGB angesehen wird, wenn sich aus dem Sicherungsvertrag die Rechte und Pflichten der Beteiligten hinsichtlich des Sicherungsgutes ergeben, wurde bereits oben (3) ausgeführt. Bei Vereinbarung eines nachträglichen Eigentumsvorbehalts sollen die Beteiligten die gleichen Rechte und Pflichten am Sicherungsgut erhalten, wie wenn der Kaufvertrag von vorneherein unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossen wäre. Damit sind die beiderseitigen Rechte und Pflichten am Sicherungsgut genügend bestimmt und dem Erfordernis des konkreten Besitzkonstituts Genüge getan. Es wäre auch nicht einzusehen, weshalb die Vorgeschichte des gekauften Gegenstandes ein Hindernis sein sollte, ein konkretes

---

1) RG JW 1915,445; RG Warn 1928 Nr.124 S.345 = HRR 1929 Nr. 105
2) Blomeyer, Studien II 242 und AcP 153,249; Böcker 18; Düringer-Hachenburg-Hoeniger Vorb.148 vor § 368; Haas 81; Heck 433; Oertmann BGB § 455 Erl.7 b; Reich AcP 169,248; derselbe Sicherungsübereignung 28; Rühl 72; Scheff 49; Schlochauer 9; Senf 32; Schweickhardt 20
3) Seite 13

Besitzmittlungsverhältnis zu vereinbaren [1].

Wenn auch der nachträgliche Eigentumsvorbehalt als auflösend bedingte Sicherungsübereignung zu werten ist, so bestehen doch einige Unterschiede mehr wirtschaftlicher Art im Vergleich zu der allgemeinen Form der auflösend bedingten Sicherungsübereignung. Während bei der letzteren die zu sichernde Forderung aus jedem beliebigen Rechtsgeschäft herrühren kann, handelt es sich beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt um eine Kaufpreisforderung. Diese besteht gerade für die Sache, die dem Gläubiger schon vorher gehört hat und die ihm nunmehr wieder zur Sicherung übereignet wird. "Äquivalent der Kaufpreisforderung und Sicherungsmittel sind also stets identisch [2]." Ebenfalls sind Eigentümer des Sicherungsobjekts und Schuldner stets ein und dieselbe Person, während bei der Sicherungsübereignung in der allgemeinen Form auch ein dritter Eigentümer mit seiner Sache dem Gläubiger Sicherheit leisten kann [3].

Bei der gewöhnlichen Sicherungsübereignung kommt es dem Gläubiger lediglich auf die Sicherung seiner Forderung an. Im allgemeinen wird es ihm gleichgültig sein, welche Sachen ihm zur Sicherheit übereignet werden. Für ihn hat nur der durch die Sache verkörperte reale Wert Interesse. Beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt wird er dagegen wieder Eigentümer gerade der Sache, die er schon früher besessen hatte [4].

Dies sind jedoch keine wesentlichen Kriterien, die die Rechtsnatur des nachträglichen Eigentumsvorbehalts als auflösend bedingte Sicherungsübereignung in Frage stellen können.

Gegen diese hier vertretene Ansicht wird in der Literatur verschiedentlich eingewandt, daß die Konstruktion des nachträglichen Eigentumsvorbehalts als Sicherungsübereignung

---

1) Vgl. Heck 434
2) Schlochauer 9; ebenso: Böcker 19
3) Schlochauer aaO.
4) Wobbe 16; Haas 81 f.

nicht der Absicht der Parteien gerecht werde [1]. Diese wollten die Lage herstellen, wie sie beim ursprünglichen Eigentumsvorbehalt bestehen würde. Der Sicherungsnehmer hat aber im Konkurs des Sicherungsgebers lediglich das Recht auf abgesonderte Befriedigung [2], während dem Vorbehaltsverkäufer ein Aussonderungsrecht auf Grund seines Eigentums zugebilligt wird [3].

Der Grund für diese unterschiedliche Rechtsfolge liegt darin, daß dem Sicherungsnehmer nicht nur das ihm übertragene Sicherungsgut, sondern auch die zu sichernde Forderung zusteht. Deshalb darf der Sicherungsnehmer nicht gleichzeitig die Sache aussondern und wegen seiner gesamten Forderung Befriedigung aus der Masse verlangen. Der Wert des übereigneten Gegenstandes steht ihm nur insoweit zu, als er seine Forderung nicht übersteigt.

Beim Eigentumsvorbehalt entfällt dagegen das Nebeneinander von Eigentum und Forderung. Da der Kaufvertrag beiderseitig noch nicht voll erfüllt ist, steht dem Konkursverwalter das Wahlrecht nach § 17 KO zu. Nur wenn er die Erfüllung ablehnt, kann der Vorbehaltsverkäufer aussondern; in diesem Falle gehen jedoch beide Erfüllungsansprüche unter. Die unterschiedliche Behandlung von Sicherungseigentum und Eigentumsvorbehalt ist daher gerechtfertigt.

Zur Zeit der Vereinbarung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts ist der Kaufvertrag auf Seiten des Verkäufers bereits vollständig erfüllt worden. § 17 KO ist daher nicht anwendbar. Für den Verkäufer ergibt sich die gleiche Rechtslage wie bei der Sicherungsübereignung. Zur Sicherung einer schon bestehenden Forderung wird dem Gläubiger ein Gegenstand zum Eigentum übertragen. Die Gewährung eines Aussonderungsrechts ließe das Bestehen der persönlichen Forderung unberührt und würde zu den gleichen Unzuträglichkeiten führen wie bei der Siche-

---

1) Larenz, Schuldrecht II § 39 II a S.80; Schlegelberger-Hefermehl § 368 Anhang 12; Serick I 94
2) ständige Rechtsprechung; vgl. RGZ 24,45; 124,75; ebenso Jaeger-Lent § 48 Anm.13
3) BGH NJW 1953,217; Jaeger-Lent § 43 Anm.37

rungsübereignung. Der Verkäufer erreicht daher durch die Vereinbarung eines nachträglichen Eigentumsvorbehalts nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung (1). Infolgedessen läßt sich nachträglich nicht der gleiche Rechtszustand herbeiführen, der bei Vereinbarung eines ursprünglichen Eigentumsvorbehalts bestanden hätte.

Wenn demgegenüber die Ansicht vertreten wird, der nachträgliche Eigentumsvorbehalt sei zwar eine auflösend bedingte Sicherungsübereignung, dem Verkäufer müsse aber ein Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO zugestanden werden (2), so ist hiergegen einzuwenden, daß es nicht in der Macht der Parteien liegt, eine Sicherungsübereignung mit einer dahingehenden Wirkung zu vereinbaren. Die Vorgeschichte des übereigneten Gegenstandes vermag nicht zu bewirken, daß dem Sicherungsnehmer im Konkurs des Sicherungsgebers ein Aussonderungsrecht zusteht.

Da somit der "nachträgliche Eigentumsvorbehalt" seiner Rechtsnatur nach eine Sicherungsübereignung ist und nach dem Parteiwillen mit Zahlung der letzten Kaufpreisrate das Eigentum wie beim ursprünglichen Eigentumsvorbehalt ipso iure auf den Käufer zurückfallen soll, ist diese Sicherungsübereignung als auflösend bedingt anzusehen, selbst wenn es an der ausdrücklichen Vereinbarung der Bedingung fehlt. Es liegt der typische Fall einer stillschweigend erklärten Bedingung vor, wobei sich der Parteiwille aus den Umständen der Geschäftsvornahme ergibt.

II. Der hypothetische Parteiwille.

Nicht selten werden aber aus der Sicherungsvereinbarung keine derartigen Anhaltspunkte zu entnehmen sein. Dann läßt sich auch nicht ohne weiteres eine stillschweigend erklärte Bedingung unterstellen, da diese einen dahingehenden vorhandenen Willen voraussetzt.

In einem solchen Fall hat eine Auslegung des Sicherungsver-

---

1) Jansen 33; Selb 65 Anm.29
2) Senf 36; Staudinger-Ostler § 455 RN.14; Wobbe 47

trages stattzufinden. Sie hat zum Ziel, den Vertragsinhalt in solchen Punkten festzustellen, zu denen eine Vereinbarung der Parteien nicht vorliegt [1]. Sie setzt also das Bestehen einer Vertragslücke voraus.

Schütz [2] bestreitet das Vorliegen einer Lücke, wenn der Sicherungsvertrag keine Bestimmung darüber enthält, was mit dem Sicherungsgut nach Tilgung der gesicherten Forderung zu geschehen hat. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden, da die Fassung der Sicherungsverträge, daß ein Gegenstand als Sicherheit für eine Forderung dient, zunächst einmal nichts darüber aussagt, ob nach Wegfall des Sicherungszwecks ein Rückfall oder eine Rückübertragung des Sicherungsgutes stattfinden soll. Es handelt sich demnach um eine der Regelung bedürftige Frage.

Nach der Rechtsprechung ist für die Auffüllung einer derartigen Vertragslücke in erster Linie der hypothetische Parteiwille maßgebend. Dabei ist zu ermitteln, wie die Parteien den fraglichen ungeregelt gebliebenen Punkt in ihren Vereinbarungen geregelt hätten, wenn sie die Regelungsbedürftigkeit der Rückabwicklung gekannt hätten [3]. Bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens sind weniger rein objektive, von der Meinung der Vertragsparteien unabhängige Vernunftsgründe maßgebend, sondern allein der Parteiwille, wie er in den übrigen Vertragsbestimmungen zum Ausdruck kommt. Läßt sich hieraus nichts entnehmen, so ist, da es sich um die Auslegung eines Vertrages handelt, das Interesse beider Vertragsparteien zu berücksichtigen [4]. Schließlich ist auch dem Zweck des Geschäfts besondere Bedeutung beizumessen. Er hat mangels besonderer Abrede die Bedeutung eines objektiven Maßstabes für die Ermittlung des Vertragsinhalts. Entscheidend ist, was sich, wenn auch nicht aus dem Wortlaut, so doch aus dem

---

1) Palandt-Danckelmann/Heinrichs § 157 Anm.2 a
2) NJW 1957,1542
3) RGZ 98,210; 119,237; 164,196; BGHZ 16,71; RGRK-BGB-Krüger-Nieland § 157 Anm.1 und 7; Soergel-Siebert-Knopp § 157 RN.118
4) RGZ 79,438; 88,416; BGH JZ 1953,322; RGRK-BGB-Krüger-Nieland § 157 Anm.10; Soergel-Siebert-Knopp § 157 RN.18

erkennbaren objektiven Vertragszweck, dem Sinnzusammenhang und dem Grundgedanken des Vertrages als sachlich geboten und damit durch den Vertrag selbst gefordert ergibt (1).

Bei den folgenden Untersuchungen soll davon ausgegangen werden, daß sich aus den übrigen Vertragsbestimmungen nichts zur Klärung der Frage herleiten läßt, ob bei Tilgung der gesicherten Forderung das Sicherungsgut ohne weiteres wieder an den Sicherungsgeber zurückfallen oder ob eine gesonderte Rückübertragung erforderlich sein soll.

1.) Erscheint den Parteien die Rückübertragung als überflüssige Formalität?

Verschiedentlich wird in der Literatur unter Hinweis auf den mutmaßlichen Parteiwillen die auflösend bedingte Sicherungsübertragung bevorzugt. Die größere Anpassungsfähigkeit der auflösenden Bedingung erleichtere den Rechtsverkehr unter Laien. Diese würden eine Rückübertragung oft für unnötig halten, weil "die Sache erledigt sei" (2). Das Verlangen eines besonderen Rückübertragungsgeschäfts für die Sicherungsobjekte nach Zahlung würde beiden Parteien sogar befremdlich und vollkommen überflüssig erscheinen (3).

Die eindeutigste Stellungnahme bezieht Marck (4). Seiner Ansicht nach würde es ein Schuldner für vollkommen unverständlich halten, falls ihm nach Schuldtilgung gesagt würde, die Sachen gehörten gleichwohl noch seinem Gläubiger. Jede freie und dem Leben angepaßte Auslegung würde diese Rückübertragung bereits als von vornherein gewollt ansehen; deshalb entspreche die auflösend bedingte Sicherungsübertragung dem natürlichen Rechtsempfinden.

Es erscheint jedoch bedenklich, eine dahingehende allgemeine Regel über den Inhalt solch individueller Parteivereinbarungen aufzustellen. Selbstverständlich haben die Parteien

---

1) Palandt-Danckelmann/Heinrichs § 157 Anm.2 a; Soergel-Siebert-Knopp § 157 RN.100 und 118
2) Henke 45
3) Luetgebrune 54; ähnlich Serick III 400
4) Seite 48

die Absicht, daß das Sicherungsgut mit Schuldtilgung wieder dem Sicherungsgeber zustehen soll, nicht erst nach Beendigung des Kreditgeschäfts in ihren Willen aufgenommen, sondern schon von vornherein ins Auge gefaßt. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob der Rückfall des Sicherungsgutes ipso iure oder durch besondere Rückübertragung geschehen soll. Die Auffassung, eine Rückübertragung würde als zwecklose Formalität empfunden, unterstellt den Beteiligten einen Willen, für den sich keine Stütze finden läßt. Auch ein Laie wird sein Eigentum am übertragenen Sicherungsgegenstand zurückverlangen, wenn die Sicherungsübereignung unter Übertragung des unmittelbaren Besitzes geschah. Daß ein automatischer Eigentumsrückfall stattfindet, wird er nicht ohne dahingehende Vereinbarung annehmen. Es ist nicht einzusehen, daß ein abweichender Parteiwille dann vorliegen sollte, wenn die Sicherungsübereignung unter Vereinbarung eines Besitzkonstituts geschah. Die unterschiedliche Besitzlage ist auf den Inhalt der dinglichen Einigung ohne Einfluß.

2.) Entspricht die auflösend bedingte Sicherungsübertragung der Interessenlage der Parteien?

Wie bereits oben (1) ausgeführt, ist bei der ergänzenden Vertragsauslegung das Interesse beider Vertragsparteien zu berücksichtigen. In der Literatur findet sich nicht selten die Auffassung, in Zweifelsfällen sei die Sicherungsabrede im Sinne einer auflösend bedingten Sicherungsübertragung auszulegen, da dieser Inhalt in höherem Grade der Interessenlage beider Parteien entspreche (2). Der Gläubiger erhalte sonst mehr Rechte als er zum Schutze seiner Interessen brauche. Gehe man davon aus, daß die Parteien eine redliche Abwicklung des Kredit- und des Sicherungsverhältnisses beabsichtigen, so müsse man ihnen regelmäßig den Willen unterstellen, bei Wegfall des Sicherungszweckes mit dem automatischen Rückfall des Sicherungsgutes an den Sicherungsgeber einverstanden zu

---

1) Seite 140
2) Heck 433; Palandt-Degenhart § 930 Anm.4 c gegen die 27.Auflage; Serick III 400; Wolff-Raiser § 179 III 3 S.740

sein [1]. Sobald der Sicherungsnehmer keine Sicherung mehr benötige, dürfe er in der Regel kein berechtigtes Interesse mehr an der Innehabung und Ausübung des Sicherungseigentums haben. Deshalb gehe die Absicht beider Parteien unverkennbar dahin, dem Schuldner das Eigentum nur solange zu entziehen, bis der Gläubiger sein Geld zurück hat. Bei Schuldtilgung solle das Eigentum von selbst wieder an den Sicherungsgeber zurückfallen. Diese Absicht der Parteien sei als ihr vernünftiger und mutmaßlicher Wille zu unterstellen [2].

Es ist nun allerdings zuzugeben, daß die auflösende Bedingung weitgehend den Interessen des Sicherungsgebers entspricht. Er hat insoweit eine bessere Rechtsstellung, als ihm außer dem ipso-iure-Rückfall bei Tilgung ein absoluter Schutz gegen abredewidrige Verfügungen des Gläubigers über das Sicherungsgut zusteht [3].

Es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob die auflösende Bedingung auch den Interessen des Sicherungsnehmers gerecht wird. Zutreffend weist Hamelbeck [4] darauf hin, daß die auflösend bedingte Sicherungsübereignung eine gewisse Gefährdung des Sicherungsnehmers mit sich bringt, die nicht ohne ausdrückliche Übernahme durch ihn als durch die Parteien gewollt anzunehmen ist. Entstehen Zweifel an der Tilgung der gesicherten Forderung, so kann der Sicherungsgeber selbst entscheiden, ob er wieder Eigentümer geworden ist. Hält er in entschuldbarem Irrtum die Forderung für erloschen, so kann er über das Sicherungsgut verfügen, ohne straffällig zu werden (vgl. § 246 StGB). Dagegen muß der Sicherungsgeber bei unbedingter Sicherungsübereignung erst die Rückübereignung der Gegenstände durch den Sicherungsnehmer abwarten [5]. Der Sicherungsgeber wird dadurch zu größerer Vorsicht bei Verfügungen über das Sicherungsgut gezwungen, was den Interessen des Sicherungsnehmers entgegenkommt.

---

1) Düringer-Hachenburg-Hoeniger Vorb. zu § 368 Anm.125; Heydegger 61; Marck 46 und 48
2) Heydegger aaO.; Spark 15 f.
3) Vgl. oben Seite 99 ff.
4) Seite 22
5) ebenso: Federmann 22

Die auflösende Bedingung tritt mit Eingang der vollständigen Zahlung des Kreditschuldners auf dem Konto des Sicherungsnehmers ein. Dadurch können Schwierigkeiten entstehen, falls noch gewisse Zeit verstreicht, bis die kontoführende Bank dem Sicherungsnehmer den Eingang mitteilt (1). Bis zu diesem Zeitpunkt wird sich dieser noch für den Eigentümer halten, obwohl das Eigentum am Sicherungsgut bereits auf den Sicherungsgeber übergegangen ist.

Auch für den Fall, daß der Sicherungsnehmer gegenüber Dritten seine Rechte zu wahren hat, hat er ein berechtigtes Interesse daran, daß sein Sicherungseigentum nicht auflösend bedingt ist. Er braucht sich nämlich nicht gegenüber dem Dritten auf einen Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen der Schuld einzulassen (2). Er braucht sich nur darauf zu berufen, daß die Rückübertragung auf den Sicherungsgeber noch nicht erfolgt sei.

Außerdem ist zu berücksichtigen, daß als Sicherungsnehmer regelmäßig Kreditinstitute in Betracht kommen. Diese sind schon im Interesse ihrer Einleger, aus deren Mittel der Kredit gewährt wird, sogar verpflichtet, für die bestmögliche Sicherung des Kredits zu sorgen. Dazu gehört auch möglichst große Klarheit über die Freigabe der Sicherheit, wie sie durch die Vereinbarung eines bedingten Sicherungseigentums nicht erreicht wird (3).

Schließlich gilt es zu bedenken, daß die Sicherungsübertragung als Sicherungsmittel vor allem von Dauer-Gläubigern in Anspruch genommen wird, die mit dem Sicherungsgeber in laufender Geschäftsverbindung stehen. Aus den einzelnen abgeschlossenen Geschäften entstehen verschiedene Ansprüche, die alle durch das Sicherungsgut gesichert werden sollen (Kontokorrentsicherung). Die Allgemeinen Sicherungsübereignungs-Bedingungen der Banken (4) sehen für diese Fälle vor, daß die

---

1) Hartmann 115
2) Flume, Allg.Teil 729
3) Schaarschmidt 453
4) Ziffer 1, abgedruckt bei Schütz, Formularbuch Muster 462 S.587; ebenso auch Ziff.1 ASÜB der Landesbank und Girozentrale Saar

übertragenen Güter als Sicherheit für alle gegenwärtigen und künftigen Ansprüche der Bank dienen sollen. Aber auch, wenn es an einer dahingehenden Abrede fehlt, besteht durchaus ein Interesse des Sicherungsnehmers an dem Fortbestand des Sicherungseigentums trotz Tilgung einer gesicherten Forderung, da sich innerhalb der länger dauernden Geschäftsverbindung wiederholt ein Sicherungsbedürfnis ergeben wird (1). Bei Gewährung eines neuen Kredits würde der Rückfall der Sicherheiten an den Kunden immer wieder zu Rückübertragungen zwingen. Dies bringt für den Gläubiger unter Umständen erhebliche Mehrarbeit. Es kann auch Unsicherheit darüber entstehen, welche Sicherheiten zur Verfügung stehen und ob sie wirksam bestellt sind; das kann im Einzelfall zu Beweisschwierigkeiten führen (2).

Diese Erwägungen zeigen, daß die Auffassung abzulehnen ist, eine auflösend bedingte Sicherungsübertragung entspreche dem Interesse des Sicherungsnehmers. Im Gegenteil: es sind berechtigte Interessen auf seiner Seite vorhanden, die Sicherungsübertragung unbedingt vorzunehmen. Der im Vergleich zur unbedingten Sicherungsübertragung besseren Rechtsstellung des Sicherungsgebers entspricht nämlich eine wesentlich schwächere Position des Sicherungsnehmers. Die Argumentation mit der Interessenlage beider Parteien beleuchtet allzu einseitig den Standpunkt des Sicherungsgebers (3).

---

1) Mormann 187
2) Henke 46; Selb 15. Henke und Mormann aaO. befürworten die auflösend bedingte Sicherungsübertragung, gestehen aber ein, daß in diesen Fällen länger dauernder Geschäftsverbindung der unbedingten Sicherungsübertragung der Vorzug zu geben ist.
3) ebenso: Selb 15

3.) Wird die auflösend bedingte Sicherungsübertragung durch das Interesse des Sicherungsgebers gefordert?

Einige Autoren befürworten die auflösend bedingte Ausgestaltung der Sicherungsübertragung allein aus der Interessenlage des Sicherungsgebers. Nach Boehmer [1] sei diese Form zu vermuten, da sie dem Sicherungsgeber günstiger sei. Luetgebrune [2] und Eichler [3] weisen darauf hin, daß durch die Bedingungskonstruktion dem Sicherungsgeber dinglicher Schutz zuteil werde. Lehmann-Hübner [4] begründen ihre Auffassung damit, daß die Annahme der Bedingung besser der Interessenlage des Treugebers entspreche. Demgegenüber lasse die innerlich beschränkte Rechtsstellung des Treuhänders im Zweifel sein Einverständnis als billig und angemessen erscheinen.

Nun haben unsere Untersuchungen allerdings erwiesen, daß durch die auflösend bedingte Sicherungsübertragung die Interessen des Sicherungsgebers eher gewahrt sind. Hieraus folgt jedoch noch nicht, daß die Bedingung im Zweifel zu vermuten ist. Die ergänzende Vertragsauslegung muß unter Berücksichtigung der Interessen b e i d e r Teile erfolgen [5]. Allein aus der Tatsache, daß die Bedingungskonstruktion den Interessen des Sicherungsgebers günstiger ist, läßt sich nichts dafür herleiten, daß sie dem mutmaßlichen Willen beider Parteien entspricht. Für eine Besserstellung des Sicherungsgebers ist kein Anlaß ersichtlich [6].

Das Argument, der Sicherungsgeber sei deshalb schutzbedürftig, da der Gläubiger bei unbedingter Übertragung treuwidrig, aber immerhin rechtswirksam verfügen könne, vermag keine Rechtfertigung dafür zu geben, daß allein auf das Interesse des Sicherungsgebers abzustellen ist. Treuwidrige Verfügungen lösen in jedem Falle Schadensersatzansprüche aus [7]. Daß ein

---

1) Seite 147
2) Seite 53
3) I, 136
4) Seite 255
5) Vgl. oben Seite 140 Anm.4
6) OLG Saarbrücken JBlSaar 1964,184
7) Vgl. Selb 15

Sicherungsgeber vor abredewidrigen Verfügungen des Sicherungsnehmers geschützt werden müßte, ist - jedenfalls wenn an die Sicherungsübereignung an ein Kreditinstitut gedacht wird - ein Ausnahmefall.

Dem Interesse des Sicherungsgebers, die Sicherungsübertragung auflösend bedingt vorzunehmen, steht das Interesse des Sicherungsnehmers an unbedingter Ausgestaltung gegenüber. Mormann (1) argumentiert nun, daß bei Schweigen des Sicherungsübereignungsvertrages angenommen werden dürfe, daß der Sicherungsnehmer bei der Gestaltung der Vertragsbedingungen keinen Wert darauf legte, das Sicherungseigentum noch nach der Tilgung der Schuld zu behalten. In diesem Falle müsse das Interesse des Sicherungsgebers ausschlaggebend sein, das Eigentum automatisch und unabhängig vom Willen des Sicherungsnehmers im Zeitpunkt des Erlöschens der zu sichernden Forderung zurückzuerhalten. Diese Auffassung unterstellt aber dem Sicherungsnehmer eine dahingehende Absicht, ohne daß ein Anhaltspunkt dafür im Sicherungsvertrag zu finden ist.

Man wird vielmehr in derartigen Zweifelsfällen bei der Auslegung von dem Grundsatz ausgehen müssen, daß es entscheidend auf den hypothetischen Willen der Vertragspartei ankommt, deren Wille für die Gestaltung der Vertragsbedingungen maßgeblich ist. Das ist bei der Sicherungsübertragung in aller Regel der Sicherungsnehmer als Gläubiger (2). Das Sicherungsgeschäft wird allein im Interesse des Gläubigers abgeschlossen; es muß daher vorwiegend unter Berücksichtigung seiner Interessen ausgelegt werden. Der Gläubiger gibt dem Schuldner Kredit, er schenkt Vertrauen; er muß deshalb, wie Schütz (3) zu Recht ausführt, als Gläubiger dasselbe Vertrauen auch für sich in Anspruch nehmen können.

Bei Abwägung der gegenseitigen Interessen wird man daher zu dem Ergebnis kommen, daß die unbedingte Sicherungsübertragung zu bevorzugen ist.

---

1) Seite 187
2) Vgl. Mormann 186
3) NJW 1957,1542

4.) Welche Ausgestaltung entspricht dem Zweck des Sicherungsgeschäfts?

Es genügt nun nicht, bei der ergänzenden Vertragsauslegung allein die Interessen beider Seiten zu berücksichtigen; vielmehr ist auch zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens dem Zweck des Geschäfts besondere Bedeutung beizumessen. Er hat mangels besonderer Abrede die Bedeutung eines objektiven Maßstabes für die Ermittlung des Vertragsinhalts (1).

Unter Berufung auf den Vertragszweck der Sicherungsabrede befürworten verschiedene Autoren die Bedingungskonstruktion bei der Sicherungsübertragung. Diese Gestaltung entspreche am besten dem vorläufigen Charakter des Sicherungsgeschäfts (2). Infolge des Sicherungszwecks sei die Veräußerung des Gegenstandes nur als eine vorläufige, nicht wie im Regelfall, als eine endgültige beabsichtigt (3). Nach Rückzahlung des Darlehens entfalle der Eigentumstitel des Sicherungsnehmers (4). Kahn (5) weist darauf hin, daß der wirtschaftliche Zweck der Übereignung Rechtswirkungen äußern könne, und zwar "durch Einkleidung in das Gewand einer Bedingung".

Hiergegen ist einzuwenden, daß durch den vorläufigen Charakter eines Rechtsgeschäfts noch nichts darüber ausgesagt ist, ob die Wirkungen automatisch enden sollen oder ob eine ausdrückliche Aufhebung der Wirkungen erforderlich ist. Auch bei der Sicherungsgrundschuld ist die Übertragung nur als eine vorläufige beabsichtigt, gleichwohl ist eine ausdrückliche Rückübertragung erforderlich. Der Vertragszweck, die Sicherung des Gläubigers durch Übertragung des Vollrechts, ist in gleicher Weise bei auflösend bedingter wie bei unbedingter Sicherungsübertragung gewährleistet.

Die Konstruktion der auflösend bedingten Übertragung läßt sich auch für den - in der Praxis allerdings recht seltenen -

---

1) RGZ 98,210; BGH NJW 1954,874; Soergel-Siebert-Knopp § 157 RN.118
2) Heydegger 61
3) Eichler II,1 128 f.; Marck 39
4) Serick BB 1957,1227
5) DJZ 1903,125

Fall der Sicherungsübereignung eines Grundstücks nicht durchführen. § 925 Abs.2 BGB verbietet die Auflassung unter einer Bedingung. Im Interesse einer einheitlichen Ausgestaltung der Sicherungsübereignung von Fahrnis und Grundstücken sollte, wenn nichts abweichendes vereinbart ist, der Konstruktion der unbedingten Sicherungsübertragung der Vorzug gegeben werden.

Zudem besteht gar keine wirtschaftliche Notwendigkeit für den automatischen Rückfall des Sicherungsgutes nach Tilgung der gesicherten Schuld. Oft erledigt sich die Sicherungsabtretung von Forderungen von selbst durch den Eingang der sicherungshalber abgetretenen Forderungen. Die Erfüllung dieser Forderungen hat regelmäßig zugleich die Tilgung der gesicherten Forderung zur Folge.

Wird dagegen zunächst der Kredit zurückgezahlt, so unterliegt es keinen Bedenken, wenn die Eingänge auf die abgetretene Forderung weiterhin der Bank als Sicherungsnehmer zufließen und dem Konto des Kunden gutgebracht werden [1]. Handelt es sich um eine stille Zession - wie sie bei der Sicherungsabtretung praktisch die Regel ist -, so wird der Sicherungsgeber nach Rückzahlung des Kredits regelmäßig den auf die abgetretene Forderung eingezogenen Betrag einbehalten. Würde der Sicherungsnehmer gleichwohl diesen Betrag verlangen, so wäre dieses Verhalten als arglistig zu beurteilen, da aus dem Sicherungsvertrag die Pflicht zur Rückgewähr erwächst.

Aber auch bei der Sicherungsübereignung besteht kein wirtschaftliches Bedürfnis für die Annahme der Bedingungskonstruktion. Der Sicherungsnehmer hat regelmäßig gar keinen Anlaß, die Rückübereignung zu verweigern. Bestreitet der Kreditgeber das Erlöschen der gesicherten Forderung, so ist nicht nur bei unbedingter Sicherungsübertragung, sondern auch bei Vorliegen einer auflösenden Bedingung die Inanspruchnahme gerichtlichen Schutzes notwendig [2]. Der Sicherungsnehmer wird nämlich das Interesse haben, über die Gegenstände zwecks Verwertung zu verfügen. Die Beweislast für den Eintritt der

---

1) Schütz, Formularbuch 508
2) Schütz NJW 1957,1542.

auflösenden Bedingung obliegt im Streitfall dem Sicherungsgeber (1).

Hat der Sicherungsnehmer dem Sicherungsgeber die Weiterveräußerung sicherungsübereigneter Gegenstände gestattet, wie dies vor allem bei Warenlagern geschieht (§ 185 BGB), so entfällt ebenfalls die wirtschaftliche Notwendigkeit eines automatischen Eigentumsrückfalls. Verkauft der Sicherungsgeber die Gegenstände weiter, so erhält der Erwerber unmittelbar das Eigentum. Dadurch erledigt sich die Rückübereignung auch bei unbedingter Ausgestaltung von selbst. Außerdem weist Schütz (2) zu Recht darauf hin, daß im Falle der Zahlung von Mitschuldnern und Bürgen auch bei auflösend bedingter Sicherungsübereignung kein automatischer Eigentumsrückfall an den Sicherungsgeber stattfindet. Die gesicherte Forderung geht, soweit der Leistende Ausgleich verlangen kann, nicht unter, sondern auf diesen über (§§ 426 Abs.2, 774 Abs.1 BGB). Damit steht dem Dritten auch ein Anspruch auf Übertragung des Sicherungsgutes gegen den befriedigten Gläubiger zu (§§ 412, 401 BGB analog) (3).

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß bei Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens beider Vertragspartner die Sicherungsübertragung im Zweifel unbedingt vorgenommen ist.

Abschließend stellt sich noch die Frage, welche Ausgestaltung der Sicherungsübertragung die zweckmäßigere ist.

Für die Sicherung laufender Forderungen, insbesondere also der von den Banken gewährten Kontokorrentkredite, kommt allein die unbedingte Sicherungsübertragung in Betracht, da bei Einräumung eines neuen Kredits jeweils ein neuer Übertragungsakt notwendig wäre.

Dagegen kann für die Sicherung feststehender Forderungen wegen der divergierenden Interessen beider Sicherungsvertragsparteien keine allgemeinverbindliche Antwort gegeben werden.

---

1) Hartmann 112
2) NJW 1957,1542
3) hierzu eingehend Selb 30

Unsere Untersuchungen haben gezeigt, daß auf Seiten des Sicherungsnehmers wegen der größeren Klarheit und Sicherheit der unbedingten Sicherungsübertragung berechtigte Interessen vorhanden sind, dieser Ausgestaltung den Vorzug zu geben. Andererseits kommt die Bedingungskonstruktion den Interessen des Sicherungsgebers vor allem deshalb entgegen, weil ihm außer dem ipso-iure-Rückfall des Sicherungsgutes bei Tilgung ein absoluter Schutz gegen Verfügungen des Sicherungsnehmers zusteht.

Infolgedessen ist dem Sicherungsnehmer der Abschluß einer unbedingten, dem Sicherungsgeber der einer auflösend bedingten Sicherungsübertragung zu raten. In der Praxis können jedoch die Banken, die als Geldkreditgeber in erster Linie in Betracht kommen, als die wirtschaftlich Stärkeren ihrem Vertragspartner praktisch die unbedingte Ausgestaltung der Sicherungsübertragung vorschreiben. Dem Kreditsuchenden bleibt daher nichts anderes übrig, als sich diesen Formularen zu unterwerfen oder aber auf die Gewährung des Kredits zu verzichten. Deshalb ist die Bedeutung der auflösend bedingten Sicherungsübertragung im Wirtschaftsleben sehr gering.

III. Rechtfertigen objektive Gegebenheiten in Zweifelsfällen die Annahme einer auflösenden Bedingung?

1.) Gesetzliche Regelung.

Untersucht man das Gesetz auf diese Frage hin, so stößt man auf die Bestimmung des § 223 Abs.2 BGB. Danach kann, wenn zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden ist, die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden. Diese Vorschrift gilt nicht nur für die Übertragung von Rechten im engeren Sinne, sondern auch für die Eigentumsübertragung zur Sicherheit. Das ergibt sich einmal aus den Motiven [1], wo die Übertragung von Eigentum und Grundschuld als Beispielsfälle in Klammern aufgeführt sind, außerdem auch aus der Terminologie des BGB, wo das

1) I 345

Eigentum auch als Recht aufgefaßt wird (vgl. § 823 BGB) [1]. Der Grundgedanke, daß eine zur Sicherung der persönlichen Forderung geschaffene Rechtsstellung durch die bloße Verjährung dieser Forderung nicht beeinträchtigt werden soll, trifft gleichermaßen auch für die Sicherungsübereignung zu. Wenn nun diese Vorschrift besagt, daß durch die Verjährung noch keine Pflicht zur Rückübertragung ausgelöst werde, so könnte dies darauf hindeuten, daß der Gesetzgeber sich bei Zweifelsfällen für die unbedingte Sicherungsübertragung entschieden hat.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß die angeführte Gesetzesstelle nur den Spezialfall der Verjährung des zugrunde liegenden Anspruchs behandelt. Ob für den Fall der Tilgung des Anspruchs nicht ganz andere Gesichtspunkte maßgebend sein können, ist damit nicht ausgesprochen [2]. Auch ist fraglich, ob der Gesetzgeber mit dieser im Rahmen der Verjährungsvorschriften getroffenen Bestimmung die Absicht hatte, die Materie der Sicherungsübertragung überhaupt zu regeln. Eine Vermutung zugunsten der unbedingten Sicherungsübertragung läßt sich jedoch auch bei weitester Auslegung nicht aus dieser Vorschrift entnehmen. Darüber hinaus hat § 223 Abs.2 BGB auch für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung Bedeutung. Wie bereits oben [3] festgestellt, entsteht mit dem Erlöschen des gesicherten Anspruchs neben dem dinglichen Herausgabeanspruch auch ein obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung. § 223 BGB schließt nun den obligatorischen Rückforderungsanspruch aus, falls der zu sichernde Anspruch zwar verjährt, aber nicht erloschen ist. Die auflösende Bedingung, nämlich die Tilgung, ist im Falle der Verjährung aber noch nicht eingetreten. Deshalb ist der dingliche Herausgabeanspruch aber noch nicht entstanden [4]. Eine gesonderte Regelung für die auflösend bedingte Sicherungsübertragung war

---

1) h.M.; z.B. Blomeyer JZ 1959,15; Enneccerus-Nipperdey II § 237 III 4; Palandt-Danckelmann § 223 Anm.1; Soergel-Siebert-Augustin § 223 RN.7; Staudinger-Coing § 223 RN.3
2) Marck 41
3) Seite 9
4) Blomeyer JZ 1959,16; Marck 47

daher gar nicht mehr erforderlich.

Es läßt sich infolgedessen aus § 223 Abs.2 BGB nichts zur Lösung der Frage herleiten, ob die Sicherungsübertragung grundsätzlich bedingt oder unbedingt ausgestaltet ist.

2.) Bietet die Rechtsgeschichte einen Anhaltspunkt?

Einige Befürworter der Bedingungskonstruktion knüpfen zur Begründung ihrer Meinung an die deutschrechtliche Entwicklung des Treuhandgedankens an. Nach O.v. Gierke (1) liege es im Wesen der deutschrechtlichen treuen Hand, daß der Übergang eines durch Erlöschen der anvertrauten Rechtsmacht auflösend bedingten Eigentums vereinbart sei. Auch Spark (2) stellt darauf ab, daß es immer ein "Grundzug Deutschen Rechtsgefühls" gewesen sei, daß Beziehungen zu Sachen auch dingliche Wirkung zuerkannt werde. Die auflösend bedingte Sicherungsübertragung könne sich auf die Treuhand im Deutschen Recht als Regel berufen.

Die Begründung der auflösend bedingten Sicherungsübertragung aus dem Wesen der deutschrechtlichen Treuhand verlangt eine kurze Darstellung rechtsgeschäftlicher Treuhandverhältnisse. Seit der grundlegenden Untersuchung von Alfred Schultze (3) unterscheidet man zwei Grundformen der Treuhandgeschäfte: die romanische und die germanische Treuhand.

Die romanische Treuhand, die an das Vorbild der fiducia römisch-rechtlicher Herkunft anknüpft, wird dadurch gekennzeichnet, daß der Treuhänder im Außenverhältnis, also gegenüber Dritten, eine Rechtsmacht erhält, die der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts nicht erfordert. Von dieser zwecküberschießenden Rechtsmacht darf der Treuhänder aber auf Grund schuldrechtlicher Absprachen mit dem Treugeber nur in bestimmter beschränkter Weise Gebrauch machen (4). Es gibt daher für diesen Überschuß nur einen obligatorischen Aus-

---

1) II 152 Anm.43; für die Sicherungsabtretung: III 203 f.
2) Seite 17 f.
3) IhJb. 43,1,6 ff.
4) Enneccerus-Nipperdey II § 148 II S.921; Lehmann-Hübner 253; Staudinger-Coing Einleitung vor § 104 RN.60 c

gleich.

Demgegenüber kennzeichnet sich die germanische Treuhand dadurch, daß die beschränkende Zweckbestimmung schon im Bereich der Rechtsmacht des Treuhänders wirksam wird. Die dem Treuhänder zu übertragende Rechtsmacht wird nach dem mit dem Geschäft verfolgten wirtschaftlichen Zweck bemessen; sie wird also nicht nur mit obligatorischer, sondern mit absoluter Wirkung beschränkt (1). Der Treuhänder erhält auch im Außenverhältnis nur eine der Zwecksetzung entsprechende Rechtsmacht. Hauptanwendungsfall der germanischen Treuhand ist der Salmann der fränkischen Affatomie (tit. 46 der lex salica)(2). Eine Verwirklichung dieser germanischen Treuhand im geltenden Recht hat man, vor allem seit Schultze (3), mit einer auflösend bedingten Vollrechtsübertragung an den Treuhänder erreichen wollen.

Nun wird allerdings mit der Konstruktion der auflösend bedingten Sicherungsübertragung der Grundgedanke der germanischrechtlichen Treuhand weitgehend verwirklicht. Auch hier erhält der Sicherungsnehmer nur so viel Rechtsmacht zu treuen Händen, als es der Sicherungszweck gebietet. Das Vollrecht wird ihm nur unter auflösender Bedingung übertragen, so daß bei Fortfall des Zweckes dinglicher Rückfall an den Treugeber eintritt.

Andererseits bestehen jedoch erhebliche Unterschiede zwischen den Grundformen der Treuhand (romanisch, germanisch) und den Erscheinungsformen der Sicherungsübereignung (unbedingt, auflösend bedingt). Während die romanische Treuhand über eine rein obligatorische Zweckbindung nicht hinauskommt, verleiht unsere heutige Rechtsordnung der Sicherungsabrede auch bei unbedingter Sicherungsübertragung im Falle der Zwangsvollstreckung und des Konkurses Wirkung gegenüber Dritte. Dem Sicherungsgeber wird allgemein ein Widerspruchsrecht gegen

---

1) Siebert 13; Enneccerus-Nipperdey aaO.; Lehmann-Hübner aaO.; Schultze IhJb. 43,10
2) Schultze IhJb. 43,9; Siebert 44; vgl. auch Beyerle, Treuhand 26-42
3) IhJb. 43,20 ff.,32 ff.,103; ebenso Luetgebrune 53 f.

Zwangsvollstreckungen gegen den Sicherungsnehmer in das Sicherungsgut eingeräumt, ebenso ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Sicherungsnehmers (1).

Auch läßt sich die Gestaltung der germanischen Treuhand nicht ohne weiteres mit der auflösend bedingten Sicherungsübertragung gleichsetzen. Wie die Untersuchungen von Schultze (2), Siebert (3) und Beyerle (4) erwiesen haben, ist den Anwendungsfällen der germanischen Treuhand das Moment der Uneigennützigkeit gemeinsam. Der Treuhänder war immer nur zur Wahrung fremder Interessen bestellt. Es gab keine Treuhänderschaft zum Zwecke der Gläubigersicherung. Schultze (5) scheidet deshalb die Sicherungsübereignung aus seinen Untersuchungen ausdrücklich aus.

Der Vorschlag, die Sicherungsübertragung allgemein als auflösend bedingtes dingliches Recht zu qualifizieren, kann daher, historisch betrachtet, nicht überzeugen (6).

Außerdem würde man dem Willen und den Vorstellungen der Parteien des Sicherungsvertrages nicht gerecht werden, wenn man ausschließlich aus Vorliebe für das eine oder andere Rechtsgut der entsprechenden Treuhandform den Vorzug geben würde (7). Entscheidend ist, welche Konstruktion unter Berücksichtigung des geltenden Rechts für die Parteien eine interessengerechtere Lösung bietet.

---

1) Vgl. oben Seite 78 f. und 86
2) IhJb. 43,2,32 ff.
3) 44 ff.
4) 18 f.
5) IhJb. 43,2
6) ebenso Esser AcP 152,388
7) Henke 43

3.) Ist die Sicherungsübertragung ihrem Wesen nach auflösend bedingt?

Im Schrifttum findet sich verschiedentlich die Meinung, es entspreche dem "Wesen" der Sicherungsübertragung, daß sie unter auflösender Bedingung vorgenommen werde (1).

Wie die Untersuchungen im dritten Kapitel erwiesen haben, bietet jedoch die Konstruktion der auflösend bedingten Sicherungsübertragung gegenüber der unbedingten bei vielen Rechtslagen durchaus keine bessere dogmatisch-konstruktive Lösung. Im Gegenteil: oft muß sogar auf die von Rechtsprechung und Lehre für die unbedingte Sicherungsübertragung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, um zu einem interessengerechten Ausgleich zu kommen. So haben beispielsweise unsere Untersuchungen (2) ergeben, daß sich mit den Bedingungsvorschriften weder ein Teilfreigabeanspruch bei teilweiser Tilgung noch das Aussonderungsrecht des Sicherungsgebers während der Schwebezeit erklären lassen. Auch bei Annahmeverzug erweist sich die Bedingungskonstruktion insofern als ungünstiger, als zur Anwendung des § 162 BGB zusätzlich Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme erforderlich ist.

Es läßt sich auch nicht sagen, daß es im Wesen eines jeden Sicherungsgeschäfts liege, daß mit Wegfall des Sicherungszweckes automatisch derselbe Rechtszustand wieder eintreten solle, wie er vor dem Vertragsschluß gewesen war. Zwar trifft dies für die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen (geborenen) Sicherungsrechte, wie Bürgschaft und Pfandrecht, zu. Diese Sicherungsmittel sind nach der Konstruktion des Gesetzes (§§ 767,1252 BGB) begriffsnotwendig mit der Forderung verbunden. Das gilt auch für die Hypothek, wenn auch hier nicht der Bestand, sondern nur die Zuständigkeit des Rechts von der zu sichernden Forderung abhängig ist (§ 1163 BGB). Daraus läßt sich aber nicht herleiten, daß auch bei der Sicherungsübertragung mit Wegfall des Sicherungszweckes automatisch wieder der ursprüngliche Rechtszustand eintritt. Die

---

1) Boehmer 164; Hamelbeck 22; Heinrich Lange NJW 1950,569
2) Seite 64,70 und 90

Sicherungsübertragung verdankt es ebenso wie die Sicherungsgrundschuld nicht dem Gesetz sondern lediglich dem Parteiwillen, daß sie überhaupt zu Sicherungszwecken verwendet wird (gekorene Sicherheiten). Für die Sicherungsgrundschuld ist aber von Rechtsprechung (1) und Lehre (2) anerkannt, daß die Grundschuld sachenrechtlich dem Sicherungsnehmer auch weiterhin zusteht, wenn die zu sichernde Forderung erloschen ist. Gerade hierin liegt der wichtigste Unterschied in den Rechtsfolgen zwischen Sicherungsgrundschuld und Hypothek (3). Am Beispiel der Sicherungsgrundschuld zeigt sich, daß ein Sicherungsrecht durchaus nicht nur so lange zu bestehen braucht, wie der Sicherungszweck es erfordert.

Damit läßt sich die Bedingungskonstruktion nicht aus dem Wesen der Sicherungsübertragung herleiten.

4.) Ist die auflösend bedingte Sicherungsübertragung im Hinblick auf eine Abschwächung der Trennung von Grund- und Erfüllungsgeschäft zu bevorzugen?

Einige Befürworter der Bedingungskonstruktion argumentieren damit, daß eine Verknüpfung des dinglichen und des kausalen Elementes in der Annahme der durch Erlöschen der Forderung resolutiv bedingten Übereignung den Zwecken der Parteien entspreche (4). Hierdurch werde die Trennung von Grund- und Erfüllungsgeschäft abgeschwächt und eine Abhängigkeit der übertragenen Sicherheit von dem Bestand des Grundgeschäfts bewirkt. Im Interesse einer Zurückdrängung des "übertriebenen" Abstraktionsprinzips habe im Zweifel eine auflösende Bedingung als vereinbart zu gelten (5).

Es ist nun nicht zu bestreiten, daß die Parteien das obligatorische Rechtsgeschäft als Bedingung für die Rechtswirksam-

---

1) RGZ 60,251,255; 78,60; 85,89,91; 145,155,157; BGH JZ 1957, 623; BGH MDR 1959,571; BGH BB 1961,661
2) Palandt-Degenhart § 1191 Anm.3 b; Staudinger-Scherübl § 1192 RN.9 ff.; Wolff-Raiser § 132 I,2 S.534
3) Vgl. Huber 27
4) Beyerle, Der dingliche Vertrag 171; Henke 42 f. und 45; Luetgebrune 54 f.; Krawielicki 34; vgl. auch Siebert 215; Hagedorn 35
5) Krawielicki aaO.

keit des dinglichen bestimmen können. Eine solche Bedingung kann auch stillschweigend vereinbart sein. Da dies aber eine Aufhebung des Abstraktionsprinzips bedeutet, muß als Mindestvoraussetzung einer derartigen stillschweigenden Bedingung gefordert werden, daß die Beteiligten über die Gültigkeit des kausalen Geschäfts im Ungewissen waren (1). Insbesondere bei Geschäften des täglichen Lebens (Verkäufen auf dem Markt, im Laden, beim Geldwechseln) ist anerkannt, daß die Umstände darauf schließen lassen können, daß der Eigentumsübergang bis zur Zahlung des Kaufpreises bedingt sein solle.

Diese Grundsätze sind jedoch nicht auf die Sicherungsübertragung anwendbar. Durch die Konstruktion der auflösenden Bedingung wird das Erfüllungsgeschäft nicht in Abhängigkeit zum Grundgeschäft, sondern zur gesicherten Forderung gebracht. Die Meinung, es werde die Trennung von Grund- und Erfüllungsgeschäft abgeschwächt, beruht auf der bereits oben (2) abgelehnten Auffassung, daß die zu sichernde Forderung Rechtsgrund des Sicherungsgeschäfts sei. Es läßt sich daher nicht sagen, die Einigung sei entsprechend dem Vertragszweck "causabezogen" (3).

5.) Gebietet die Parallele zum Eigentumsvorbehalt die Bedingungskonstruktion?

Verschiedene Autoren geben der auflösend bedingten Ausgestaltung der Sicherungsübertragung den Vorzug, da die Parallele zum Eigentumsvorbehalt eine solche Regelung nahelege. Das Eigentum des Sicherungsnehmers sei ebenso wie das des Vorbehaltsverkäufers nicht als dauerndes gedacht, sondern ein durch den vorübergehenden Sicherungszweck bestimmtes. Die Eigentümerstellung soll in beiden Fällen aufhören, sobald der Sicherungszweck beendet sei. Deshalb müsse auch bei der Sicherungsübereignung das Eigentum mit der Erfüllung des Siche-

---

1) RGZ 57,96; Baur 41; Kohler ArchbürgR 18,110; Planck-Strecker § 929 Anm.3 b δ ; Westermann, Sachenrecht 26
2) Seite 15
3) so aber Beyerle, Der dingliche Vertrag 171

rungszweckes von selbst wegfallen [1].

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt viele gemeinsame Züge aufweisen [2]. Zweck des Eigentumsvorbehalts ist es, den Verkäufer wegen seiner Kaufpreisforderung zu sichern. Dies geschieht dadurch, daß seine Stellung als Eigentümer an die Erfüllung seiner Forderung mittels Bedingungszusammenhangs geknüpft wird. Der Eigentumsvorbehalt ist deshalb, ebenso wie die Sicherungsübereignung, als Sicherungsgeschäft zu charakterisieren. Sowohl beim Eigentumsvorbehalt als auch beim Sicherungseigentum be- oder erhält der Gläubiger eine über das notwendige Maß hinausgehende Rechtsmacht, weshalb beiden Rechtsinstituten ein fiduziarischer Charakter nicht abgesprochen werden kann [3]. In beiden Fällen bleibt dem Schuldner der unmittelbare Besitz und die Nutzungsbefugnis der Sachen. Daher sind beide Rechtsinstitute in bezug auf den wirtschaftlichen Bereich und die Notwendigkeit ihrer Anwendung miteinander verwandt. Sie stimmen wirtschaftlich auch darin überein, daß sie die Sache dem Zugriff der Gläubiger des Schuldners entziehen und ihnen jede Einwirkungsmöglichkeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses nehmen sollen [4]. Es kann daher von einer Gleichheit der wirtschaftlichen Ziele gesprochen werden [5]. Schließlich haben die obigen Untersuchungen [6] ergeben, daß die Vereinbarung des sog. nachträglichen Eigentumsvorbehalts nichts anderes als eine auflösend bedingte Sicherungsübertragung darstellt.

Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß auch erhebliche Unterschiede zwischen Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt bestehen, die eine analoge Anwendung der bedingten Verfügung fraglich erscheinen lassen.

---

1) Baur 546; Boehmer 164; Eichler II,1 129; Henke 45; Heydegger 60; Heinrich Lange NJW 1950,569; Luetgebrune 55; Marck 45
2) so schon Leist 48 f. und 75
3) Rühl 10
4) Scheff 13
5) Rühl 10
6) Seite 136

Vor allem ist der Zusammenhang zwischen dem sichernden Gegenstand und der zu sichernden Forderung bei der Sicherungsübereignung erheblicher loser als beim Eigentumsvorbehalt [1]. Aufgabe des Eigentumsvorbehalts ist zunächst die Sicherung der Ansprüche des Gläubigers aus dem Rechtsgeschäft, das der Lieferung der bedingt übereigneten Sache zugrunde liegt. Der Eigentumsübergang wird durch die Bedingungskonstruktion mit der Erfüllung der dem Erwerber auf Grund des Kausalgeschäfts obliegenden Verbindlichkeit in Verbindung gesetzt [2]. Dadurch wird zugleich mittelbar eine Verknüpfung mit dem Kaufvertrag bewirkt [3].

Dagegen entstammt bei der Sicherungsübereignung die zu sichernde Forderung nicht dem Kausalverhältnis, sondern einem anderen Rechtsverhältnis. Beide können zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Verträgen vereinbart werden.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß der Eigentumsvorbehalt nicht nur Kreditsicherungsmittel ist, sondern auch Schutz vor möglichen Nachteilen, die dem Verkäufer aus der verkehrsüblichen Vorleistungspflicht erwachsen können [4]. Der Gläubiger hält deshalb die Leistung bis zur Erbringung der Gegenleistung zurück. Bei der Sicherungsübereignung stellt der Sicherungsgegenstand jedoch nicht die Gegenleistung für die Gewährung des Darlehens dar. Diese Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung unterscheidet den Eigentumsvorbehalt deutlich von der Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung [5].

Auch rein tatbestandsmäßig liegt der Vorgang bei der Sicherungsübertragung genau umgekehrt wie beim Eigentumsvorbehalt. Bei diesem übergibt der Gläubiger die Kaufsache und behält sich sein Eigentum vor. Bei der Sicherungsübereignung dagegen ist es der Schuldner, der dem Gläubiger zu dessen Sicherung Wertgegenstände überträgt. Während beim Eigentumsvorbehalt das Eigentum an der Kaufsache bis zur Zahlung des

---

1) Rühl 80; Scheff 15; Wurmann 16
2) Rühl 7
3) Blomeyer JZ 1959,16
4) Hermann Lange JuS 1963,62
5) Westermann, 41. Juristentag F 9

Kaufpreises beim Verkäufer verbleibt und somit weiterhin ein Bestandteil seines Vermögens ist, wird bei der Sicherungsübereignung dem Gläubiger ein Gegenstand zu Eigentum übertragen, der bisher nicht zu seinem Vermögen, sondern zu dem des Sicherungsgebers gehörte (1). Beim Eigentumsvorbehalt ist also der Eigentümer der Sache der Gesicherte, bei der Sicherungsübereignung der Eigentümer der Sache der Sichernde (2). Deshalb ist auch der sog. nachträgliche Eigentumsvorbehalt als auflösend bedingte Sicherungsübereignung zu konstruieren (3).

Die Gegenüberstellung beider Rechtsinstitute hat also ergeben, daß zwar beide demselben Zwecke dienen, nämlich dem Gläubiger eine Sicherheit für seine Forderung zu geben, daß aber Berührungspunkte lediglich auf wirtschaftlichem Gebiet bestehen und von einer inneren rechtlichen Verwandtschaft beider nicht die Rede sein kann (4).

Dagegen vermag die Argumentation Flumes (5) nicht einzuleuchten, bedingte Sicherungsübereignungen seien deshalb zu perhorreszieren, weil die Frage des Bedingungseintritts nicht evident sei. Er geht davon aus, es liege im Sinne der geltenden Rechtsordnung, daß die Eigentumsverhältnisse jeweils möglichst evident seien. Es sei beim Eigentumsvorbehalt im allgemeinen mehr evident, ob der Kaufpreis bezahlt ist, als der Wegfall des Sicherungszweckes bei einer Sicherungsübereignung. Hiergegen wendet Selb (6) zu Recht ein, daß sich selbst im Falle häufigen Wechsels des Forderungsbestandes bei geordneter Buchführung der Saldo und damit die Frage, ob der Sicherungszweck noch bestehe, jederzeit ohne allzu große Mühe feststellen lasse. Es kann deshalb keine Rede davon sein, es fehle an der notwendigen Evidenz des Bedingungseintritts.

Es spricht jedoch noch ein anderes Argument gegen die entspre-

---

1) Brill 23; Haegele 14; Jansen 12; Salinger 44 f.; Scheff 14; Spark 8
2) Linckelmann ArchbürgR 7,215; Scheff 15; Wobbe 16
3) oben Seite 136
4) Scheff 17
5) Besitzloses Fahrnispfand 82
6) Seite 16; ebenso Serick III 399

chende Anwendung des § 455 BGB auf die Sicherungsübereignung. Beim Eigentumsvorbehalt tritt kraft positiver Vorschrift der automatische Eigentumsübergang kraft Gesetzes ein.

Denkbar wäre nämlich auch, daß statt bedingter Einigung über den Eigentumsübergang der Verkäufer sich lediglich verpflichtet, nach Tilgung der Kaufpreisforderung das Eigentum zu übertragen. Das Sachenrecht ist aber hinsichtlich der Begründung dinglicher Rechte streng formalistisch, wie dies der Typenzwang für dingliche Rechte und die sie begründenden Verträge zeigt (1). Es läßt insoweit keine Analogie zu.

Es würde sich auch bei Annahme einer auflösenden Bedingung um eine zusätzliche, der bloßen sachenrechtlichen Einigung hinzuzufügenden Erklärung handeln. Der dingliche Vertrag über den Eigentumsübergang ist jedoch ohne diese zusätzliche Erklärung durchaus vollständig. Die Analogie kann nicht so weit gehen, daß durch eine dem dinglichen Vertrag hinzuzufügende Ergänzung ein dingliches Recht, nämlich das Eigentum des Sicherungsgebers, begründet wird (2). Schließlich stünde dem auch der Grundsatz der Rechtssicherheit entgegen, der wenigstens im Sachenrecht möglichst unangetastet bleiben sollte.

6.) Ist wegen der Verwandtschaft zum Pfandrecht die Sicherungsübertragung auflösend bedingt auszugestalten?

Henke (3) bevorzugt die auflösend bedingte Ausgestaltung der Sicherungsübereignung aus dem Grund, weil dadurch eine Brücke zu dem verwandten Gebiet des Pfandrechts hergestellt werde. In Anlehnung an die Reformvorschläge von Heinrich Lehmann (4), der die Schaffung einer harmonischen Gesamtlösung auf dem Gebiet der Sicherungsrechte vorschlägt, sollte es nach Henke das Bemühen von Rechtsprechung und Lehre sein, schon jetzt ein einheitliches harmonisches Sicherungsrecht zu schaffen. Auch Wolff-Raiser (5) stellen auf die nahe Verwandtschaft zum

---

1) Vgl. statt vieler: Palandt-Degenhart Einl. vor § 854 Anm.2 b
2) OLG Saarbrücken JBlSaar 1964,184
3) Seite 45
4) Seite 8
5) § 179 III S.734

Pfandrecht ab, da beiden Sicherungsgeschäften der gleiche Zweck innewohne, dem Gläubiger zur Sicherung für seine Forderung eine bevorzugte Befriedigung aus Vermögensstücken seines Schuldners zu gewährleisten (1).

Mit dem Hinweis auf die Verwandtschaft zum Pfandrecht soll der Rechtsgedanke des § 1252 BGB angedeutet werden. Wie das Pfandrecht kraft Gesetzes untergeht, wenn die gesicherte Forderung erlischt, so gehe das Sicherungseigentum mit der Schuldtilgung unter und auf den Schuldner zurück. Dieser Erfolg geschehe allerdings nicht kraft gesetzlicher Vorschrift wie in § 1252 BGB, sondern werde durch die vertragliche Rückfallklausel erreicht (2). Auch Heck (3) weist darauf hin, daß bei der Sicherungsübertragung die Verbindung mit einer persönlichen Forderung und die dadurch geschaffene Zweckgemeinschaft ebenso die Regel bilde wie beim Fahrnispfand. Deshalb müßten die Folgerungen aus der Zweckgemeinschaft zur analogen Anwendung der Pfandrechtsvorschriften kommen.

Es ist indessen zuzugeben, daß gewisse Parallelen zwischen beiden Rechtsinstituten bestehen. Bei beiden soll die zur Sicherung bestellte Sache durch ihren Wert möglicherweise zur Befriedigung dienen. Im Insolvenzfall scheidet ein dem Schuldner gehöriger Vermögensgegenstand definitiv aus seinem Vermögen aus (4). Sobald die gesicherte Forderung rechtzeitig getilgt wird, soll bei beiden die vorgenommene Sicherung hinfällig werden.

Jedoch ist damit noch nicht gesagt, daß dies automatisch geschieht oder ob dazu eine besondere Rückübertragung notwendig ist. Wie die obigen Untersuchungen erwiesen haben, ist die Sicherungsübertragung nicht als Pfandrecht aufzufassen (5). Aber auch eine analoge Anwendung des § 1252 BGB, wonach das

---

1) Der pfandähnliche Charakter wird auch von Lent NJW 1957, 1181; RGRK-HGB-Ratz § 368 Anm.95; Schütz NJW 1957,1541 anerkannt, obwohl diese im Zweifel eine unbedingte Sicherungsübertragung befürworten.
2) Spark 16
3) Seite 435
4) Brill 34
5) Seite 26 ff.

Pfandrecht mit der gesicherten Forderung erlösche, kommt nicht in Betracht. Zunächst einmal kann das Erlöschen eines Rechts nicht mit dem Übergang auf einen anderen Rechtsträger verglichen werden (1). Zudem entspringt § 1252 BGB dem Akzessorietätsprinzip. Ein Wesenszug des Pfandrechts liegt darin, daß sein Entstehen, Fortbestehen und seine Übertragung streng von der zu sichernden Forderung abhängig sind. Das Bestehen einer zu sichernden Forderung ist für das Pfandrecht des BGB begrifflich notwendig (2). Demgegenüber ist die Sicherungsübertragung im Hinblick auf die zu sichernde Forderung nicht akzessorisch ausgestaltet. Regelmäßig werden Eigentumsübertragungen nicht zur Sicherung von Forderungen vorgenommen. Soll dies dennoch geschehen, so wird die Verknüpfung mit der zu sichernden Forderung durch die Sicherungsabrede bewirkt. Das Sicherungsrecht ist mit der zu sichernden Forderung nicht durch Akzessorietät, sondern durch eine Treuabrede verbunden (3).

Auch bei auflösend bedingter Ausgestaltung der Sicherungsübertragung liegt keine Akzessorietät vor, weil die dingliche Abhängigkeit des Sicherungsrechts auf der - wenn auch nur konkludent erklärten - Vereinbarung der Resolutivbedingung und nicht etwa auf begrifflicher Abhängigkeit des auflösend bedingt übertragenen Eigentums von der Forderung beruht (4). Im Gegensatz zum Pfandrecht ist beim bedingt übertragenen Vollrecht die Sicherung nicht "integrierender Bestandteil des Rechtsinhalts" (5).

Die Verbindung mit der gesicherten Forderung ist beim Sicherungseigentum nur lockerer als beim Pfandrecht. Anders als beim Pfandrecht gehen bei Abtretung der Forderung die Rechte aus der Sicherungsübertragung nicht gemäß § 401 BGB auf den

---

1) Selb 14; gegen eine analoge Anwendung des § 1252 BGB auch: Serick II,99; derselbe III,402; Wolff-Raiser § 179 III 2 b S.737; Siebert 182 m.w.N.
2) von Lübtow 340 Anm.48; Soergel-Siebert-Augustin Vorb.3 vor § 1204; Staudinger-Spreng § 1204 Vorb.1
3) Serick II,99; derselbe III,402
4) Zunft NJW 1958,1219
5) von Lübtow 340 Anm.48; ähnlich: Ritter 34

Zessionar automatisch mit über. Es ist lediglich im Zweifel eine schuldrechtliche Verpflichtung des Altgläubigers zur Übereignung anzunehmen (1).

Die Wesensverschiedenheit von Pfandrecht und Sicherungseigentum zeigt sich insbesondere an der unterschiedlichen Struktur beider Rechte (2). Die Sicherungsübereignung läßt sofort voll und ganz Eigentum übergehen, und zahlt der Schuldner nicht, so erhält er sein Eigentum nicht wieder. Auch das Pfandrecht läßt zwar Eigentum übergehen, aber erst im Nichtzahlungsfall und, ohne daß der Gläubiger es je gehabt hat, sofort auf einen Dritten.

Die Sicherungsübertragung hat aber nicht nur in ihrer rechtlichen Gestaltung, sondern auch - wie die obigen Untersuchungen ergeben haben - in ihrer wirtschaftlichen Zielsetzung "ein eigenes Gesicht und selbständigen Charakter" (3). Wenn die Parteien deshalb andere Formen der Sicherung wählen, als die vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen, so muß die abweichende Rechtsgestaltung in Kauf genommen werden. Treuhandsicherungen unterliegen anderen Gesetzen (4). Dies zeigt sich vor allem bei der zu Sicherungszwecken verwendeten Grundschuld.

Aus der Tatsache, daß die Sicherungsübertragung ebenso wie die Verpfändung als Kreditsicherungsmittel verwendet wird, kann also nicht geschlossen werden, daß das Sicherungsrecht des Gläubigers wie bei der Verpfändung (§ 1252 BGB) mit der gesicherten Forderung erlischt.

---

1) Vgl. statt vieler: Palandt-Heinrichs § 401 Anm.1 c m.w.N.
2) Georgiades 176; Larenz, Methodenlehre 307; Marck 121
3) Paulus ZZP 64,171 Anm.10; ebenso: Boehmer 143; Eichler II,1 128
4) Schütz NJW 1957,1542

7.) Das Interesse dritter Personen an Rechtssicherheit.

Es ist deshalb der durchaus herrschenden Meinung [1] der Vorzug zu geben, wonach bei Fehlen der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung der Sicherungsnehmer unbeschränkt Eigentümer wird und dem Sicherungsgeber nur schuldrechtlich zur Übertragung des Sicherungsgutes nach Tilgung der Forderung verpflichtet ist.

Diese Regelung hat auch den Vorteil, daß möglichst große Klarheit über die Freigabe der Sicherheit besteht. Auch der Rechtsverkehr hat an der Sicherheit und Klarheit der Eigentumsverhältnisse ein Interesse. Sicherheit und Klarheit wären aber beeinträchtigt, wenn - wie bei der auflösend bedingten Sicherungsübereignung - die Eigentumsfrage von der durch das Sicherungseigentum gesicherten Schuld abhängig ist [2]. Die Situation ist nicht mit dem Eigentumsvorbehalt vergleichbar, da dort eine positivrechtliche Regelung besteht. Auch besteht der Eigentumsvorbehalt nur an einzelnen Gegenständen, während die Sicherungsübereignung typischerweise Vermögensgesamtheiten erfaßt. Wenn auch der Grundsatz der Publizität dinglicher Rechtsänderungen durch die Zulässigkeit der Übergabesurrogate weitgehend verloren ist, so wird er doch durch die Vornahme einer unbedingten Sicherungsübertragung eher gewahrt. Es ist daher zu verlangen, daß der Wille der Parteien, die Sicherungsübertragung auflösend bedingt vorzunehmen, auch für Dritte erkennbar hervortritt [3].

Auch bei der Sicherungsabtretung besteht ein Interesse Dritter, daß die Übertragung nicht unter auflösender Bedingung vorgenommen wird. Wurde dem Drittschuldner die auflösend bedingte Zession angezeigt, so müßte er, wenn er vom Zessionar in Anspruch genommen wird, von diesem zunächst den Nachweis verlangen, daß die zu sichernde Forderung noch besteht, die auflösende Bedingung also noch nicht eingetreten ist [4]. Andernfalls liefe er Gefahr, daß er die Leistung nicht an

---

1) Vgl. oben Seite 128 Anm.2
2) Flume 729
3) Hagedorn 35
4) Schütz NJW 1957,1542; Schütz, Formularbuch 508

seinen Gläubiger erbringen würde und erneut an den Sicherungsgeber leisten müßte.

Damit erweist sich, daß die Sicherungsübertragung mit schuldrechtlicher Rückübertragungsverpflichtung nicht nur der Interessenlage der Parteien des Sicherungsvertrages, sondern auch den Interessen Dritter entspricht.

IV. Schluß.

Man wird deshalb bei Schweigen des Sicherungsvertrages die unbedingte Übertragung mit, wenn auch nur konkludent vereinbarter, Rückübertragungspflicht als Regelfall der Sicherungsübertragung annehmen können. Sicherungsübereignung und -abtretung sind also im Zweifel unbedingt vorgenommen.